



LA PUBLICIDAD ILÍCITA: UNO DE LOS ACTOS DESLEALES MÁS UTILIZADOS EN EL MERCADO

Yuan yuan Shui

TUTOR: José Antonio Rodríguez del Valle Iborra
Universidad Autònoma de Barcelona (UAB)
Grado en Derecho

FECHA: 10 DE MAYO DE 2019

ÍNDICE DE CONTENIDOS

GLOSARIO/ABREVIATURAS

RESUMEN Y ABSTRACT

1. INTRODUCCIÓN.....	4
1.1.- Objetivos.....	5
1.2.- Apuntes sobre metodología.....	6
2. MARCO CONCEPTUAL.....	7
2.1.- Concepto y requisitos de competencia desleal.....	7
2.2.- Concepto de publicidad ilícita.....	9
3. MARCO JURÍDICO.....	11
3.1.- Marco jurídico estatal.....	11
3.1.1.- Relaciones entre la Ley de Competencia Desleal y la Ley General de Publicidad.....	12
3.1.2.- La Ley General de la Comunicación Audiovisual.....	16
3.2.- Marco jurídico comunitario.....	18
3.2.1.- Tratamiento jurídico de las Directivas Europeas.....	18
4. SUPUESTOS DE PUBLICIDAD ILÍCITA.....	20
4.1.- Publicidad que atenta contra la dignidad de la persona o vulnera los valores y derechos reconocidos en la Constitución.....	21
4.2.- Publicidad dirigida a menores que les incite a la compra de un bien o de un servicio.....	25
4.3.- Publicidad subliminal.....	31
4.4.- Publicidad que infrinja la normativa concreta de determinados productos, bienes, actividades o servicios.....	35
4.5.- Publicidad engañosa, publicidad desleal y publicidad agresiva.....	40
5. RÉGIMEN REPRESIVO DE LA PUBLICIDAD ILÍCITA.....	48
6. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL Y DE LAS RESOLUCIONES DEL JURADO DE LA PUBLICIDAD.....	51
6.1.- Análisis jurisprudencial (2016-2018).....	51
6.2.- Análisis de las resoluciones del Jurado de la Publicidad (2016-2018).....	53
7. CONCLUSIONES.....	55
8. BIBLIOGRAFÍA/WEBGRAFÍA.....	58
9. ANEXO. TABLA JURISPRUDENCIAL/RESOLUCIONES DEL JURADO DE LA PUBLICIDAD.....	66

GLOSARIO/ABREVIATURAS

<i>Art.[s]</i>	<i>Artículo[s]</i>
<i>AP</i>	<i>Audiencia Provincial</i>
<i>AUC</i>	<i>Asociación de Usuarios de la Comunicación</i>
<i>Cap.</i>	<i>Capítulo</i>
<i>CE</i>	<i>Constitución Española</i>
<i>DGOJ</i>	<i>Dirección General de Ordenación del Juego</i>
<i>Ed.</i>	<i>Edición / Editorial / Editor</i>
<i>JM</i>	<i>Juzgado de lo Mercantil</i>
<i>LCD</i>	<i>Ley de Competencia Desleal</i>
<i>LGCA</i>	<i>Ley General de la Comunicación Audiovisual</i>
<i>LGP</i>	<i>Ley General de Publicidad</i>
<i>RAE</i>	<i>Real Academia de la Lengua Española</i>
<i>TJUE</i>	<i>Tribunal de Justicia de la Unión Europea</i>
<i>TS</i>	<i>Tribunal Supremo</i>



La publicidad ilícita:

Uno de los actos desleales más utilizados en el mercado.

Illicit Advertising:

One of the most used disloyal acts in the market.

RESUMEN

En el presente estudio, se ha realizado un análisis de la publicidad ilícita en el marco de los actos de competencia desleal, partiendo de su concepción y de los distintos supuestos de publicidad ilícita hasta la obtención de un resultado verídico sobre la creciente frecuencia de uso de este acto desleal.

De modo que para alcanzar los objetivos deseados, se ha procedido a un estudio de la legislación correspondiente, tanto en el marco jurídico interno como en el marco jurídico comunitario, así como un exhaustivo análisis de las jurisprudencias y resoluciones emanadas de los tribunales y jurados correspondientes, por tal de conocer la progresiva presencia en la práctica de dicho acto desleal.

Por lo tanto, a través de la metodología anterior, se ha podido comprender la realidad jurídica sobre la que ha versado el presente estudio.

Palabras clave: Publicidad ilícita, competencia desleal, acto desleal, análisis, jurisprudencia, resoluciones.

ABSTRACT

In the present essay, there has been an analysis about the illicit advertising, in accordance with the unfair competition's laws, from its conception and the different cases of illicit advertising until obtaining a veridical result about the increasing frequency of use of this disloyal act.

To achieve our objectives, it has been proceeded to the study of the pertinent legislation, in terms of the internal legal framework and the community legal framework, as well as an exhaustive analysis of the jurisprudence emanating from the courts, so as to know its progressive presence in practice of this disloyal act.

Therefore, through the above methodology, it has been possible to understand the juridic reality on which this study has been concerned.

Keywords: *Illicit advertising, unfair competition laws, disloyal act, analysis, jurisprudence, resolutions.*

1. INTRODUCCIÓN

La publicidad es un fenómeno interdisciplinario, que ha tenido un crecimiento vertiginoso en las últimas décadas, juntamente con el desarrollo de los medios masivos de comunicación. Esta actividad se ha convertido en el recurso más efectivo de las empresas para la venta de sus productos y servicios, y configura la principal vía de comunicación con el resto de los sujetos que intervienen en el mercado¹.

Por lo tanto, constituye un elemento imprescindible para que se pueda desarrollar la competencia en el mercado. Su finalidad fundamental se basa en promover la contratación de bienes y servicios entre productores y consumidores.

Es decir, la actividad publicitaria cumple una función informativa, ilustradora y fundamentalmente persuasiva o “seductora” para los consumidores².

No obstante, además de observar que el mensaje publicitario tiene como destinatarios fundamentalmente a los consumidores y usuarios, también están comprendidos dentro del campo de su influencia los competidores y el público en general³.

Ahora bien, la publicidad deviene ilícita cuando transcurren los supuestos mencionados en el art. 3 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, que es remitido por el art.18 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

¹ BELÉN TONETTO, Eliana, “Valor empresa y publicidad”, *Revista Pensar en Derecho*, nº 3 (2013), p. 125.

² BROSETA PONT, Manuel; MARTÍNEZ SANZ, Fernando, “Derecho de la competencia: La competencia desleal y la publicidad comercial” (Cap. 7. II. La publicidad como instrumento de la competencia). En: BROSETA, Manuel; MARTÍNEZ, Fernando, *Manual de Derecho Mercantil, Volumen I, 25ª Edición*, Madrid: Ed. Tecnos, 2018, pp. 216-217.

³ BELÉN TONETTO, Eliana (2012). “Publicidad engañosa. Análisis, encuadramiento legal y propuestas para una regulación jurídica eficiente contra este ilícito publicitario”, p. 1, en: http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/2594/Publicidad_Tonetto.pdf?sequence=1 [visitado el 25.01.2019].

Por lo tanto, el trabajo aparece dividido en una primera parte donde se hace referencia al concepto de la publicidad ilícita como acto desleal, a través del estudio del marco jurídico o normativo correspondiente, ya sea a nivel estatal como a nivel comunitario.

En segundo lugar, se exponen los diferentes supuestos de publicidad ilícita tipificados en el art. 3 de la Ley 34/1988, de 11 noviembre, General de Publicidad, y en la Directiva 2006/114/CE sobre Publicidad Engañosa y Publicidad Comparativa. Además, se realiza un análisis sobre los casos jurisprudenciales que se encuentran tipificados bajo el nombre de publicidad ilícita, y de las acciones a través de las cuales luchan contra dicho acto desleal.

En tercer lugar, con la finalidad de investigar sobre la frecuencia de uso de este acto desleal, se realiza un análisis jurisprudencial y de las resoluciones del Jurado de la Publicidad de Autocontrol sobre los pronunciamientos existentes desde el año 2016 hasta el año 2018, con el fin de conocer la respuesta judicial y/o extrajudicial de forma cuantitativa (cuántos fallos/resoluciones han sido condenatorios y cuántos han sido absolutorios).

1.1. Objetivos

Podríamos concretar que los objetivos específicos de esta investigación giran entorno a la posibilidad de:

- Proponer un análisis de la jurisprudencia española y de las resoluciones del Jurado de la Publicidad de Autocontrol sobre la publicidad ilícita, con el fin de determinar y evaluar la estadística de resoluciones estimatorias (condenatorias) y desestimatorias (absolutorias) que han sido dictadas en los últimos tres años.
- Desglosar y estudiar las distintas formas o supuestos de publicidad ilícita.

- A través del análisis estadístico reflexionar entorno a la necesidad de perfeccionar o reforzar la legislación sobre la publicidad ilícita debida a su creciente presencia en el mercado.

1.2. Apuntes sobre metodología

El estudio sobre la publicidad ilícita ha comprendido el análisis de los artículos, el análisis de los textos legales, y lo relevante de este trabajo: el análisis jurisprudencial y de las resoluciones.

En lo referente al estudio de éstas, es necesario acotar una metodología de búsqueda que permitiera obtener un número de sentencias y resoluciones que supongan material indicativo de que efectivamente consiste en uno de los actos desleales más utilizados en el mercado. Por lo tanto, la búsqueda se debe desarrollar en las siguientes fases:

- **FASE 1.** Recepción y análisis aproximado del amplio listado de sentencias de los tribunales, obtenidas a través del buscador del sistema de jurisprudencia que es el órgano técnico Consejo General del Poder Judicial (CENDOJ)⁴, encargado de la publicación oficial de la jurisprudencia. E introduciendo como campo de búsqueda en “texto libre” “la publicidad ilícita”, con un ámbito temporal compreso desde el 31 de marzo de 2016 al 16 de octubre de 2018.
- **FASE 2.** Recepción y análisis aproximado del amplio listado de resoluciones del Jurado de la Publicidad de Autocontrol, obtenidas a través de la página web Autocontrol⁵, organismo independiente de autorregulación de la industria publicitaria en España, con un ámbito temporal compreso desde el 28 de enero de 2016 al 13 de diciembre de 2018.

⁴ Centro de Documentación Judicial.

⁵ Disponible en: <https://www.autocontrol.es/resoluciones-del-jurado/>

2. MARCO CONCEPTUAL

En primer lugar se presenta un marco conceptual relativo a la competencia desleal, donde en el desglose de éste encontramos la publicidad ilícita como uno de los actos desleales englobados. Asimismo, dentro de la publicidad ilícita localizamos 5 supuestos tipificados de ilícito que explicaremos a continuación.

2.1. Concepto y requisitos de competencia desleal

La competencia desleal es una práctica en el ámbito comercial que se regula por la aprobada Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, y se modifica por Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

Para el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española⁶, “desleal” significa “que obra sin lealtad”. Por lo tanto, hasta la reforma operada por la Ley 29/2009, la LCD se limitaba a manifestar que “se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe”. No obstante, con la reforma añade a ello que, en las relaciones de los empresarios con los consumidores, se entenderá contrario a la buena fe el comportamiento del empresario o profesional en que concurren 2 elementos⁷:

Que resulte contrario a la diligencia profesional que le es exigible en sus relaciones con los consumidores, y que distorsione o sea susceptible de distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo al que se dirige la práctica (entendiéndose por tal distorsión la utilización de una práctica comercial para

⁶ RAE.

⁷ BROSETA, Manuel; MARTÍNEZ, Fernando, “Derecho de la competencia: La competencia y la publicidad comercial”, cit., p. 201.

mermar de manera apreciable la capacidad del consumidor de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa, haciendo así que tome una decisión sobre su comportamiento económico que de otro modo no hubiera tomado)⁸.

Ahora bien, una cosa es la libertad de iniciativa económica, reconocida en el art. 38 de la Constitución Española⁹, que es legal e lícita en el tráfico mercantil, entre empresas -grandes o pequeñas-, pero otra cuestión diferente es violar las normas de la competencia.

Por lo tanto, la competencia desleal es aquella parte del derecho mercantil que define el límite de la conducta empresarial de todo tipo, en orden a mantener un equilibrio en el mercado conjugando la libertad de empresa, la libre competencia, el interés colectivo de los consumidores y el interés público¹⁰.

Además, en cuanto a requisitos que deben concurrir para estar ante un acto de competencia desleal, conforme el art. 2 de la Ley 3/1991 de Competencia Desleal¹¹, consisten en 2 condiciones:

- «Que el acto se realice en el mercado». Lo cual significa que debe tratarse de un acto dotado de trascendencia externa.
- «Que el acto se lleve a cabo con fines concurrenciales». En este sentido se presume la finalidad concurrencial de todo acto económico, según se desprende del art. 2 LCD, cuando, por las circunstancias en que se realice se revele

⁸ BROSETA, Manuel; MARTÍNEZ, Fernando, “Derecho de la competencia: La competencia y la publicidad comercial”, cit., p. 201.

⁹ Art. 38 CE: “Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.”

¹⁰ Wolters Kluwer (2018). *Competencia desleal*. En: <http://guiasjuridicas.es/Content/Documento.aspx> [visitado el 26.01.2019].

¹¹ Art. 2 LCD: “Los comportamientos previstos en esta Ley tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales.”

objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones (bienes o servicios) propias o de un tercero¹².

Por otra parte, no en todos los casos es necesario que ese acto haya causado efectivamente un daño, sino que puede bastar con que la actuación sea susceptible de producir un daño. El acto desleal es considerado como tal, desde el momento en que es potencialmente idóneo para producir daño¹³.

2.2. Concepto de publicidad ilícita

A los efectos de la Ley 34/1988 General de Publicidad, en su art. 2, se entenderá por publicidad: “Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones.”

Para el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española¹⁴, “publicidad” implica: 1. (...); 2. Conjunto de medios que se emplean para divulgar o extender la noticia de las cosas o de los hechos; 3. Divulgación de noticias o anuncios de carácter comercial para atraer a posibles compradores, espectadores, usuarios.

Por lo tanto, hablamos de publicidad ilícita como una modalidad de publicidad que para trasladar su mensaje emplea recursos que atentan contra la dignidad humana y sus derechos, no respetando su integridad, o bien de productos

¹² Queda por tanto superada la antigua concepción en virtud de la cual para poder apreciar la existencia de un acto de competencia desleal era necesaria una efectiva competencia entre el infractor y la víctima. Así se desprende del art. 3 de la LCD, al afirmar que la “aplicación de la Ley no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del acto de competencia desleal”. (STS de 18 de octubre de 2000, núm. 963/2000; STS de 17 de julio de 1999, núm. 650/1999).

¹³ BROSETA, Manuel; MARTÍNEZ, Fernando, “Derecho de la competencia: La competencia y la publicidad comercial”, cit., p. 203.

¹⁴ RAE.

considerados como muy nocivos o perjudiciales para la salud, así como otras modalidades que utilizan otras herramientas consideradas como ilícitas.¹⁵

Si bien existe libertad de publicidad¹⁶, el art. 3 LGP enumera 5 supuestos en los que la publicidad es ilícita:

- a) La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente a los que se refieren sus artículos 14, 18 y 20, apartado 4.
- b) La publicidad dirigida a menores que les incite a la compra de un bien o de un servicio, explotando su inexperiencia o credulidad, o en la que aparezcan persuadiendo de la compra a padres o tutores.
- c) La publicidad subliminal.
- d) La que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios.
- e) La publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva, que tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la Ley de Competencia Desleal.

¹⁵ SÁNCHEZ GALÁN, Javier. “Publicidad ilícita”, *Economipedia* (2018), en: <https://economipedia.com/definiciones/publicidad-ilicita.html> [visitado el 26.01.2019].

¹⁶ Sentencia del TS Sala Civil pleno nº 860/2009 de fecha 15 de enero de 2010. Reconocimiento por el Tribunal Supremo, de forma expresa y por primera vez, la publicidad como una manifestación de la libertad de expresión y de información amparada dentro del ámbito del art. 20 de la CE. Por lo tanto, la información contenida en un mensaje publicitario solamente puede ser susceptible de sufrir limitaciones o restricciones legítimas, es decir, cuando éstas no sean idóneas y proporcionadas.

3. MARCO JURÍDICO

Las leyes y las normas son básicas para la convivencia de cualquier comunidad de personas. Es necesario que haya un mínimo de reglas de funcionamiento que haga que se respete a cada persona, a cada colectivo¹⁷.

La publicidad, por su propia índole, es una actividad que atraviesa las fronteras. Por lo tanto, la ley no sólo ha seguido las directrices comunitarias en la materia, sino que ha procurado también inspirarse en las diversas soluciones vigentes en el espacio jurídico intereuropeo¹⁸. De modo que partimos de la legislación estatal en materia de publicidad ilícita, y continuamos con la legislación comunitaria, con las normas de la UE.

3.1. Marco jurídico estatal

Entendemos que la publicidad es una forma de comunicación a través de los medios de comunicación de masas. Se basa en el anuncio, que es el mensaje controlado. Pero no sólo favorece a los empresarios, permitiéndoles ampliar y mantener su clientela, sino que también favorece a los consumidores, a quienes, al menos teóricamente, por medio de la publicidad se les suministra información acerca de la oferta de bienes y servicios existentes, para que puedan elegir mejor a fin de satisfacer sus necesidades¹⁹.

De esta forma, en el marco jurídico estatal podemos localizar 3 leyes que controlan y regulan la publicidad ilícita: La Ley 34/1988, de 11 noviembre,

¹⁷ Fundació Jesuïtes Educació. (2017). *Cómo se regula la publicidad. Conoce las leyes y la normativa*. En: <https://fp.uoc.fje.edu/blog/como-se-regula-la-publicidad-conoce-las-leyes-y-la-normativa/> [visitado el 26.01.2019].

¹⁸ Exposición de motivos de Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad. Publicada en el Boletín Oficial del Estado número 274, de 15/11/1988.

¹⁹ BROSETA, Manuel; MARTÍNEZ, Fernando, “Derecho de la competencia: La competencia y la publicidad comercial”, cit., pp. 216-217.

General de Publicidad; la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal y la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual.

3.1.1. Relaciones entre la Ley de Competencia Desleal y la Ley General de Publicidad

Las primeras normas sobre publicidad aparecieron en España con la Ley sobre la Propiedad Industrial de 1902. Sin embargo, no fue hasta el año 1964 cuando aparece en el ordenamiento jurídico español La Ley 61/1964, de 11 de junio, por la que se aprueba el Estatuto de la Publicidad²⁰, es la primera norma estatal que trata de regular unitariamente el fenómeno de la publicidad.

Sin embargo, el articulado de esta Ley ha caído gran parte en desuso, por carecer de la flexibilidad necesaria para adaptarse a un campo como el de la publicidad, especialmente dinámico, y por responder a presupuestos políticos y administrativos alejados de los de la Constitución²¹. De manera que se aprobó a lo que hoy conocemos como Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

La LGP pone especial énfasis en la protección de los consumidores, usuarios y demás personas receptoras del mensaje publicitario, con el objetivo de garantizar un espacio de especial protección, y asimismo de presentar una serie de normas de carácter contractual adecuadas frente a la publicidad ilícita, y frente a las especiales características que presenta la contratación publicitaria.

²⁰ En la exposición de motivos de la Ley 61/1964, de 11 de junio, por la que se aprueba el Estatuto de la Publicidad, establece que: “La publicidad se ha ido convirtiendo en una realidad social, que ocupa hoy un rango eminente no sólo dentro del marco de cada una de las empresas interesadas, donde moviliza ingentes cantidades de dinero y extraordinarias energías humanas, sino también y, sobre todo, en el marco, más amplio, de la vida nacional, donde, por una parte, constituye una importante fuente de ingresos en los medios generales de información y de difusión de noticias, y, por otra parte, constituye ella misma una actividad difusora de extraordinario relieve.”

²¹ Exposición de motivos de Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad. Publicada en el Boletín Oficial del Estado número 274, de 15/11/1988.

No obstante, conviene advertir que esta Ley es una norma jurídica de alcance general y, en consecuencia, su contenido no se limita a la regulación de la publicidad comercial o dirigida a promover la difusión de actividades o productos comerciales, sino que abarca aquella actividad publicitaria que se realice en el ejercicio de actividades artesanales, profesionales o simplemente particulares²².

Posteriormente se dictó la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. desde el punto de vista legal, tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, tanto consumidores como comerciantes o empresarios, y a tal fin establece la prohibición de los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita en los términos de la Ley General de Publicidad²³.

Podemos afirmar que la Ley de Competencia Desleal se crea para proteger los intereses de la libre competencia y evitar la violación de este derecho que se recoge en el art. 38 CE y en la legislación europea. Por lo tanto, al ser el derecho de libre competencia bastante vulnerable es necesario su protección, castigando así los actos que sean contrarios a la misma y que vulneren la competencia en el mercado²⁴.

Además, en la LCD podemos distinguir, los «actos de competencia desleal» (art. 5 a 18 LCD), que tutelan el interés tanto de los empresarios como de los consumidores, y las «prácticas comerciales con los consumidores y usuarios» (art. 19 a 31 LCD), que tutelan únicamente el interés de los consumidores y cuya tipificación manifiesta es resultado directo de la incorporación del Anexo

²² RALOGA, José. (2009). *El Derecho Mercantil Publicitario. Especial referencia a la publicidad ilícita y engañosa*. En: <https://www.luriscivilis.com/2009/06/el-derecho-mercantil-publicitario.html> [visitado el 27.01.2019].

²³ Art. 1 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. Boletín Oficial del Estado número 10, de 11/01/1991.

²⁴ Iberley, portal de información jurídica. (2019). *Aspectos más relevantes de la Ley de Competencia Desleal*. En: <https://www.iberley.es/temas/aspectos-relevantes-ley-competencia-desleal-43851> [visitado el 27.01.2019].

contenido en la Directiva 2005/29/CE²⁵. Por lo tanto, cabe mencionar que la publicidad ilícita es considerada como un acto de competencia desleal, contraria a la Ley o el orden público.

No obstante, como señala García Vidal, esta doble regulación de la Ley de Competencia Desleal y la Ley General de Publicidad ha generado encendidos debates en la doctrina sobre las relaciones que median entre ambas leyes; siendo varias las interpretaciones propuestas²⁶.

Por tanto, el hecho de que precisamente la LCD no derogase los artículos de la Ley General de Publicidad dedicados a la publicidad desleal hacía surgir la duda de si se encontraban en vigor (en virtud del principio de *lex specialis derogat generali*) o si tácitamente habían sido derogados por la LCD (en virtud del principio *lex posterior derogat priori*)²⁷.

Así, para un primer grupo de autores, dado que la LCD es una *lex posterior*, vendría a derogar los preceptos de la LGP referidos a la publicidad ilícita²⁸. Otros autores, en cambio, consideran que la LGP y la LCD deben convivir, de modo que pueden ser aplicadas de forma conjunta o alternativa a los supuestos de actividad

²⁵ Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n° 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo.

²⁶ GARCÍA VIDAL, Ángel, “Publicidad ilícita y competencia desleal”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tom. 23 (2007), p. 703. En: <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/publicidad-ilicita-competencia-desleal-230361797> [visitado el 27.01.2019].

²⁷ BROSETA, Manuel; MARTÍNEZ, Fernando, “Derecho de la competencia: La competencia y la publicidad comercial”, cit., p. 201.

²⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10.ª), núm. 981/2004, de 26 de octubre de 2004, mantiene que ante un ilícito dado, la LGP y la LCD no pueden aplicarse simultáneamente, es preciso concluir que debe aplicarse de manera prioritaria, exclusiva y excluyente la LGP, cuando el ilícito se produzca por medio de un acto publicitario conforme a la noción ofrecida por la LGP.

publicitaria²⁹. Finalmente, aquellos que consideran que LGP, por ser una ley especial, tendría aplicación preferente ante la LCD, que sería la ley general³⁰.

Este debate doctrinal y jurisprudencial ha sido zanjado por el Tribunal Supremo que ha tenido ocasión de pronunciarse no hace mucho sobre las relaciones entre la LGP y la LCD. Así lo ha hecho en la sentencia de la Sala 1.^a, núm. 515/2005, de 4 de julio de 2005. En ella, afirma lo siguiente:

“El ilícito publicitario puede ser al mismo tiempo un ilícito competencial, del que pueden nacer diferentes acciones incluso acumulables (arts. 32 y 33, antes de la derogación de este último por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000). Además, la Ley de Competencia Desleal abarca la publicidad ilícita. [...] [...] En suma, las acciones por publicidad ilícita no pueden desplazar a las de competencia desleal, y el demandante puede optar por interponer aquéllas o éstas, acumularlas con respeto a los requisitos legales, o ejercitarlas alternativamente.”

Por lo tanto, el Tribunal Supremo rechaza la tesis doctrinal que defiende la derogación de la LGP por parte de la LCD. Es evidente que la LCD no ha derogado la LGP³¹. Asimismo, ante un supuesto de publicidad ilícita la aplicación de la LGP no excluye la de la LCD. Por el contrario, ambas leyes pueden ser

²⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.^a), núm. de recurso 117/1997, de 18 de febrero de 2000, en un caso en que se ejercitaban las acciones de cesación y rectificación de la LGP, reconoce *obiter dicta* que “cabe igualmente ejercitar las acciones previstas en la LCD”.

³⁰ Esta misma tesis sobre el carácter especial, prioritario y excluyente de la Ley General de Publicidad también fue seguida, entre otras, por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11.^a), núm. 535/2001, de 5 de diciembre de 2001, o por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 7.^a), núm. 171/1998, de 6 de marzo de 1998, en la que expresamente se mantiene que ante un mensaje publicitario desleal o engañoso, “no le cabe otro camino al que se considera perjudicado, que acudir al ejercicio de las acciones publicitarias específicamente reconocidas en los arts. 25 y siguientes de la LGP, sin que sea aceptable optar por el ejercicio de las reconocidas en la LCD, que no podrán sustituir a aquéllas”.

³¹ De hecho el Preámbulo de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, en su apartado III. 3, reconoce en cierto modo su vigencia: “La norma se halla ya recogida en la Ley General de Publicidad. No está de más, sin embargo, que se reitere en el ámbito de la legislación general, debido a su más amplia proyección”.

aplicadas de forma conjunta, pudiendo ejercitarse las acciones que reconoce una u otra ley, ya sea de forma alternativa o de forma acumulativa³².

Por otra parte, tenemos la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios³³. Que ha intentado solventar los problemas que plantea la doble regulación existente, reformando tanto el aspecto sustantivo como el procesal de la publicidad ilícita.

Es decir, las reformas legales operadas por la Ley 29/2009 realizan una armonización de mínimos, por lo tanto, el art. 3 e) LGP se remite en bloque a la LCD en cuanto a la publicidad engañosa, la desleal y la agresiva.

No obstante, el art. 3 a) - d) LGP donde tipifican como publicidad ilícita la que atente contra la dignidad de las personas o vulnere valores y derechos constitucionales, la determinada publicidad dirigida a menores, la publicidad subliminal, y la infractora de normativa sectorial, siguen reguladas por la LGP³⁴.

3.1.2. La Ley General de la Comunicación Audiovisual

Además de lo dispuesto en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, en relación con la publicidad ilícita, tenemos la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual. De acuerdo con el art. 1 LGCA, el objetivo es regular la comunicación audiovisual de cobertura estatal y establecer las normas básicas en materia audiovisual.

³² GARCÍA VIDAL, Ángel, “Publicidad ilícita y competencia desleal”, cit., pp. 703 y ss.

³³ Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios. Boletín Oficial del Estado número 315, de 31/12/2009.

³⁴ SARAZÁ JIMENA, Rafael. (2010). *La nueva regulación de la publicidad ilícita*. En: <https://elderecho.com/la-nueva-regulacion-de-la-publicidad-ilicita> [visitado el 27.01.2019].

Para el entorno de la televisión y radio sin importar su canal de distribución, se establece en el art. 18 LGCA, las que serán comunicaciones comerciales prohibidas en cualquiera de sus formas:

1. Está prohibida toda comunicación comercial que vulnere la dignidad humana o fomente la discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, nacionalidad, religión o creencia, discapacidad, edad u orientación sexual. Igualmente está prohibida toda publicidad que utilice la imagen de la mujer con carácter vejatorio o discriminatorio.
2. Está prohibida la comunicación comercial encubierta y la que utilice técnicas subliminales.
3. Está prohibida la comunicación comercial que fomente comportamientos nocivos para la salud³⁵.
4. Está prohibida la comunicación comercial que fomente comportamientos nocivos para el medio ambiente.
5. Está prohibida la comunicación comercial que fomente comportamientos nocivos para la seguridad de las personas.
6. Está prohibida la comunicación comercial televisiva de naturaleza política, salvo en los supuestos previstos por la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General³⁶.
7. La comunicación comercial audiovisual también está sometida a las prohibiciones previstas en el resto de normativa relativa a la publicidad.

³⁵ Art. 18. 3 LGCA: “En todo caso está prohibida: a) La comunicación comercial de cigarrillos y demás productos de tabaco. b) La comunicación comercial de medicamentos y productos sanitarios que contravenga su normativa específica. c) La comunicación comercial televisiva de bebidas alcohólicas con un nivel superior de veinte grados. d) La comunicación comercial televisiva de bebidas alcohólicas con un nivel inferior a veinte grados cuando se emita fuera de la franja de tiempo entre las 20,30 horas y las 6 horas del día siguiente. e) La comunicación comercial de bebidas alcohólicas con un nivel inferior a veinte grados cuando esté dirigida a menores, fomente el consumo inmoderado o asocie el consumo a la mejora del rendimiento físico, el éxito social o la salud.”

³⁶ Se establece en el art. 1 Título Preliminar de que la presente Ley Orgánica 5/1985 es de aplicación: “A las elecciones de Diputados y Senadores a Cortes Generales sin perjuicio de lo dispuesto en los Estatutos de Autonomía para la designación de los Senadores previstos en el art. 69.5 CE; a las elecciones de los miembros de las Corporaciones Locales; a las elecciones de los Diputados del Parlamento Europeo; y a las elecciones a las asambleas de las Comunidades Autónomas.”

3.2. Marco jurídico comunitario

Para lograr el correcto funcionamiento de la Unión Europea se requiere cierta compatibilidad estructural y jurídica entre los Estados miembros. Dada que la publicidad es un medio muy importante para abrir, en toda la Comunidad, salidas reales a todos los bienes y servicios, las disposiciones esenciales que determinan la forma y el contenido de la publicidad deben ser uniformes³⁷, por lo que es necesario promulgar algunas normas que puedan prevenir disfuncionalidades.

3.2.1. Tratamiento jurídico de las Directivas Europeas

La primera disposición normativa fue dictada por el Consejo, que aprobó la Directiva 84/450/CEE, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa. El objeto fundamental de esta Directiva era la protección de los consumidores, de los empresarios y del interés general frente a la publicidad engañosa y sus consecuencias desleales³⁸.

Posteriormente, se introdujo la Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 1997, por la que se modifica la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa, con el objetivo de incluir en la misma la publicidad comparativa.

Años más tarde, se promulga la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior,

³⁷ Considerando 6 de la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa.

³⁸ MARTÍNEZ-SALCEDO, Juan Carlos, “Derecho comunitario europeo sobre la publicidad y su transposición al derecho español”, *Opinión Jurídica*, vol. 15, nº 29 (2016), p. 2, en: <https://www.redalyc.org/jatsRepo/945/94545771006/html/index.html> [visitado el 27.01.2019].

cuyo ámbito de aplicación se restringe a las prácticas desleales de las empresas que afectan los intereses económicos de los consumidores³⁹.

Como se ha explicado anteriormente, la Ley 29/2009 solventa los problemas que plantea la doble regulación existente en materia de publicidad ilícita. No obstante, esta Ley no se limita únicamente en esta función, sino que tiene como principal objetivo la transposición de la Directiva 2005/29/CE, y de la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, cuyo objeto es “proteger a los comerciantes contra la publicidad engañosa y sus consecuencias injustas y establecer las condiciones en las que estará permitida la publicidad comparativa” (art. 1 Directiva 2006/114/CE).

Sin embargo, mientras la Directiva 2005/29/CE sea de las llamadas “de máximos”, ya que establece una armonización plena, la Directiva 2006/114/CE realiza una armonización de mínimos en cuanto a la publicidad engañosa, y de máximos en cuanto a la publicidad comparativa. De modo que complica considerablemente la cuestión de la incidencia del Derecho comunitario en la nueva regulación⁴⁰.

Por lo tanto, en el proceso de codificación de la Directiva 2006/114/CE, el legislador comunitario elimina toda referencia a la protección de los consumidores, y señala de forma expresa que su objeto es proteger a los “comerciantes” (competidores) contra las consecuencias de la publicidad engañosa y además, establece las condiciones de licitud específicas de la comparación para la publicidad comparativa, asentando principios generales

³⁹ MARTÍNEZ-SALCEDO, “Derecho”, cit. p. 2.

⁴⁰ SARAZÁ JIMENA, Rafael. (2010). *La nueva regulación de la publicidad ilícita*. En: <https://elderecho.com/la-nueva-regulacion-de-la-publicidad-ilicita> [visitado el 27.01.2019].

uniformes pero dejando a los Estados miembros la elección de la forma y de los medios apropiados para conseguirlo⁴¹.

En el ámbito de la publicidad comparativa no se puede ocultar, omitir o disimular de ninguna forma las condiciones esenciales que llevan a dicha comparación, puesto que ello derivaría en una publicidad ilícita, ya que tendría como objetivo crear una idea errónea en el consumidor medio respecto a los productos o servicios publicitados⁴². De modo que el ejercicio de dicha publicidad comparativa debe respetar los presupuestos o requisitos establecidos en el art. 4 de la Directiva 2006/114/CE para ser considerada lícita⁴³.

4. SUPUESTOS DE PUBLICIDAD ILÍCITA

La Ley General de Publicidad enumera diversos supuestos de publicidad, que considera ilícitos (art. 3 LGP). No obstante, antes de entrar en cada una de las modalidades es preciso recordar que con la reforma introducida en nuestro

⁴¹ NEWMAN RODRÍGUEZ, Silvana, “La protección de los competidores en Europa: Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 22 (2010), p. 3.

⁴² El TJUE resuelve sobre una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Apelación de París, en base al art. 267 Tratado de Funcionamiento de la UE, en un procedimiento entre Carrefour e ITM. La decisión prejudicial versa sobre la interpretación del art. 4 de la Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa y, del art. 7 de la Directiva 2005/29/CE relativa a prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior.

⁴³ Art. 4 de la Directiva 2006/114/CE: “a) Que no sea engañosa con arreglo a lo dispuesto en el art. 2, apartado b, el art. 3 y el art. 8, apartado 1, de la presente Directiva y en los arts. 6 y 7 de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior; b) Que compare bienes o servicios que satisfagan las mismas necesidades o tengan la misma finalidad; c) Que compare de modo objetivo una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de dichos bienes y servicios, entre las que podrá incluirse el precio; d) Que no desacredite ni denigre las marcas, nombres comerciales, otros signos distintivos, bienes, servicios, actividades o circunstancias de algún competidor; e) Que se refiera en cada caso, en productos con denominación de origen, a productos con la misma denominación; que no obtenga indebidamente ventaja de la reputación de una marca, nombre comercial u otro signo distintivo de algún competidor o de las denominaciones de origen de productos competidores; g) Que no presente un bien o un servicio como imitación o réplica de un bien o un servicio con una marca o un nombre comercial protegidos; h) Que no dé lugar a confusión entre los comerciantes, entre el anunciante y un competidor o entre las marcas, los nombres comerciales, otros signos distintivos o los bienes o servicios del anunciante y los de algún competidor.”

ordenamiento jurídico por la Ley 29/2009, se han eliminado las antinomias que existían entre la Ley General de Publicidad y la Ley de Competencia Desleal⁴⁴.

4.1. Publicidad que atenta contra la dignidad de la persona o vulnera los valores y derechos reconocidos en la Constitución

Conforme al catálogo reconocido en el art. 3 LGP, la primera modalidad de publicidad ilícita es aquella que resulte contraria a la dignidad de la persona o los valores o derechos constitucionalmente reconocidos. De esta forma, el art. 3 a) LGP encierra una remisión en bloque al Título I de la Constitución “De los derechos y deberes fundamentales”, ya que, al referirse a los derechos y valores reconocidos en la Constitución, el legislador español ha integrado en el ámbito del art. 3 a) LGP la totalidad de derechos, valores y principios recogidos en el Título I; así, la infracción de cualquiera de éstos en el contexto de un mensaje publicitario podría ocasionar un reproche de ilicitud⁴⁵.

Por lo tanto, en primer término entendemos que este concepto supone una alusión directa al reconocimiento constitucional de la dignidad de la persona⁴⁶, y con ello los derechos fundamentales como parte integrante de la misma. A este respecto, siguiendo la doctrina constitucional, la dignidad humana no debe interpretarse solo en el sentido de englobar los derechos fundamentales inherentes y que constituyen derechos inmateriales, sino también otros derechos como los patrimoniales que garanticen y aseguren una existencia digna de la persona⁴⁷.

⁴⁴ BROSETA, Manuel; MARTÍNEZ, Fernando, “Derecho de la competencia: La competencia y la publicidad comercial”, cit., p. 217.

⁴⁵ GARCÍA-CRUCES, José Antonio, *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad*, volumen II, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 1945-1980.

⁴⁶ Art. 10. 1 CE: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.”

⁴⁷ CATALÁ PÉREZ, Manuela; DÍAZ CHICA, Óscar, *Publicidad 360º*, Zaragoza: Ed. Universidad San Jorge, 2014, p. 19.

Dicho esto, serán pocas las ocasiones en las que este mensaje contrario a los derechos, valores y principios constitucionalmente reconocidos, sea transmitido de manera explícita en la publicidad. Habitualmente, se tratará de un mensaje implícito en las situaciones y escenas que se describen en la publicidad⁴⁸.

Pese a que el art. 3 a) LGP incorpora una remisión de carácter abierta y general a la totalidad de los derechos y principios recogidos en el Título I de la Constitución, la referencia expresa a los arts. 14, 18 y 20 apartado 4 de la Constitución obliga también a prestar una atención exclusiva al principio de igualdad y de no discriminación por razón alguna; al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; y a la protección de la juventud y de la infancia.

Además, el precepto fue objeto de reforma por medio de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género⁴⁹. A partir de esta última modificación, se consideran expresamente atentatorios contra la dignidad de la persona aquellos anuncios que presenten a las mujeres “de forma vejatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulneren los fundamentos del ordenamiento”⁵⁰.

De manera que en primer término, se alude a la utilización particular y directa del cuerpo de la mujer o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se promociona, lo que supone que deben concluir tres presupuestos:

⁴⁸ GARCÍA-CRUCES, *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad*, cit., pp. 1945-1980.

⁴⁹ La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, pretende atender a las recomendaciones de los organismos internacionales en el sentido de proporcionar una respuesta global a la violencia que se ejerce sobre las mujeres.

⁵⁰ BROSETA, Manuel; MARTÍNEZ, Fernando, “Derecho de la competencia: La competencia y la publicidad comercial”, cit., p. 218.

utilizar el cuerpo femenino como parte captatoria de la publicidad; como mero objeto, sin un rol activo en la publicidad; y de manera que exista una desconexión total entre la imagen utilizada y el producto promocionado⁵¹.

Y en segundo término, se alude a la existencia de trato vejatorio de la mujer unida al uso de comportamientos estereotipados. Esto no implica que se considere publicidad ilícita la mera presentación de la mujer desarrollando ciertas labores o actividades asignadas tradicionalmente al sexo femenino; si bien lo será, cuando se transmita de alguna manera que esas labores o actividades son propias y exclusivas de las mujeres, lo que puede contribuir a la violencia de género mediante la transmisión de la existencia una cierta “obligación” con respecto a que la mujer deba asumir tareas que le son propias⁵².

Caso Ryanair

La Audiencia de Málaga ha confirmado la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 que consideró “ilícita y desleal” una publicidad de la compañía aérea Ryanair en su web con la denominación de: «¡Tarifas al rojo vivo! ¡Y la tripulación!» y la desarrollada también en su página para promocionar la venta de un calendario, campañas en las que aparecían azafatas en biquini.

Dicho Juzgado de lo Mercantil dictó en 2013 una sentencia, en la que condenó a la empresa a cesar y a abstenerse de la reiteración futura de dicha campaña publicitaria, al estimar la demanda presentada por la Asociación de Consumidores y Usuarios ADECUA, a la que se unieron la Fiscalía de Málaga y la Abogacía del Estado, contra la publicidad de la compañía desarrollada en octubre de 2012.

⁵¹ VILAJOANA ALEJANDRE, Sandra, *Las leyes de la publicidad: límites jurídicos de la actividad publicitaria*, Barcelona: Universitat Oberta de Catalunya, 2011, p. 19.

⁵² TATO PLAZA, Anxo; FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, Pablo; HERRERA PETRUS, Christian, *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, Madrid: La Ley, 2010, pp. 270-274.

La magistrada del Juzgado de lo Mercantil consideró que se daban los elementos de la publicidad desleal e ilícita, ya que “se emplea el cuerpo femenino como parte captatoria de la publicidad”, se utiliza a la mujer “como mero objeto” y se aprecia “una absoluta desconexión entre la imagen utilizada y el producto que se promociona”, que es la venta de billetes⁵³.

En cuanto al calendario, nadie duda de que pueda tener fines benéficos, pero para la jueza resultaba “obvio que el calendario enmascara una campaña de marketing de la compañía, que utiliza el cuerpo de la mujer como reclamo para la venta de billetes, adoptando las azafatas posturas en clara invitación sexual, incurriendo además en trato discriminatorio respecto a la mujer”.

Frente a esta resolución, la compañía aérea presentó un recurso de apelación, que fue rechazado por la Audiencia de Málaga. Ya que considera que la sentencia está motivada y que no hay error a la hora de valorar la prueba por parte de la magistrada de lo Mercantil, considera vejatoria y discriminatoria hacia la mujer la publicidad consistente en mostrar a varias azafatas en bikini, con actitud provocativa y sensual, tanto en la página web como en el calendario, incitando a la compra de billetes de avión con el lema «¡Tarifas al rojo vivo! ¡Y la tripulación!»⁵⁴.

Además, este tipo de publicidad supone una “cosificación de la mujer” y que está totalmente desvinculada con el producto que se vende. A ello se añade que este

⁵³ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Málaga (Sección 2.ª), rec. 29/2013, de 5 de diciembre de 2013, que estima la demandada presentada por la Asociación de Consumidores y Usuarios ADECUA contra la compañía aérea Ryanair, en la que se declara ilícita y desleal la publicidad desarrollada por la compañía.

⁵⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6.ª), nº 894/2016, rec. 344/2014, de 22 de diciembre de 2016, considera la AP que la libertad de expresión y la libertad de empresa cedan cuando se trata de publicidad vejatoria y discriminatoria para la mujer, que ha de considerarse ilícita. La publicidad ha de respetar la dignidad de las mujeres y su derecho a una imagen no estereotipada, ni discriminatoria, con la finalidad de prevenir y evitar la violencia de género (Fundamentos jurídicos 8 y 10).

tipo de acciones fomentan la violencia de género, al reproducir una imagen estereotipada y denigrante de la mujer⁵⁵.

4.2. Publicidad dirigida a menores que les incite a la compra de un bien o de un servicio

La Ley 29/2009, de 30 de diciembre⁵⁶, hace hincapié en la protección a los menores, e introduce como supuesto de publicidad ilícita aquella dirigida a menores que les incite a la compra de un bien o servicio, explotando su inexperiencia o credulidad, o en la que aparezcan persuadiendo de la compra a padres o tutores⁵⁷.

Respecto al término de la minoría de edad es el estado civil de la persona física, desde el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno, hasta los 18 años⁵⁸. Por lo tanto, los menores de edad constituyen para el derecho una prioridad, en calidad de sujetos de derecho merecedores de una especial atención y tutela por encontrarse en una fase temprana de desarrollo, no solo físico, sino sobretodo, intelectual y moral⁵⁹.

De manera que el art. 3 LGP aborda la protección del menor en la publicidad desde 2 perspectivas diferentes, pero a su vez, complementarias: La primera de ellas pretende proteger al menor como receptor o destinatario de la publicidad; la

⁵⁵ PALACIOS, Cristina. (2017). *Condena a Ryanair por publicidad sexista*. En: <https://elderecho.com/condena-a-ryanair-por-publicidad-sexista> [visitado el 25.02.2019].

⁵⁶ Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios. Boletín Oficial del Estado número 315, de 31/12/2009.

⁵⁷ BROSETA, Manuel; MARTÍNEZ, Fernando, “Derecho de la competencia: La competencia y la publicidad comercial”, cit., p. 218.

⁵⁸ Wolters Kluwer (2018). *Minoría de edad*. En: http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params_Dxb [visitado el 26.02.2019].

⁵⁹ VILAJOANA, Sandra, *Las leyes de la publicidad: Límites jurídicos de la actividad publicitaria*, cit., p. 59.

segunda, se orienta a evitar abusos en la utilización de la imagen de los menores en la publicidad.

Desde el punto de vista del *menor como destinatario de la publicidad*, en tanto que se considera que éste suele poseer un nivel de confianza y credulidad superior al de los adultos, la LGP considera ilícitos los siguientes supuestos:

La publicidad dirigida a los menores que les incite a la compra de un bien o de un servicio, explotando su inexperiencia o credulidad. Cabe decir que el art. 30 LCD tipifica como publicidad agresiva, y por lo tanto, desleal e ilícita, aquella que incluya una exhortación directa a los niños para que adquieran bienes o usen servicios. Si bien toda la publicidad por definición pretende la persuasión a la compra de un bien o servicio, su extensión queda limitada con respecto a los menores de edad en virtud de su protección⁶⁰.

Y la publicidad que pueda inducir a error a los menores, error que puede recaer sobre: Por un lado, las características de un producto o servicio; se protege el hecho de que por su credulidad y confianza, los niños tienden a interpretar la publicidad de un modo más literal, debiendo existir un cuidado especial a la hora de presentar las prestaciones y cualidades reales de un producto dirigido a ellos.

Por otro lado, puede recaer el error sobre su seguridad; en este sentido, el precepto se refiere a aquellos mensajes publicitarios en los que un producto o servicio se presenta de forma general como seguro, siendo erróneo al punto de que su uso comporta ciertos riesgos para los menores, que no son especificados⁶¹.

⁶⁰ VILAJOANA, Sandra, *Las leyes de la publicidad: Límites jurídicos de la actividad publicitaria*, cit., p. 60.

⁶¹ TATO, Anxo; FERNÁNDEZ, Pablo; HERRERA, Christian, *La reforma de la ley de competencia desleal*, cit., pp. 278-283.

Desde la perspectiva de la *protección del menor orientada a evitar abusos en la utilización de su imagen* en publicidad, el mismo artículo prohíbe:

La publicidad en la que aparezcan menores persuadiendo a sus padres o tutores de la compra de un bien o de la contratación de un servicio. El art. 30 LCD prohíbe el hecho de incluir en la publicidad una “exhortación directa” a los niños para que convenzan a sus padres “u otros adultos” de que contraten los bienes o servicios anunciados⁶².

Y en cuanto a la publicidad que sin un motivo justificado, presente a los niños en situaciones peligrosas, la doctrina interpreta que mediante esta prohibición, el legislador parece asumir que existe un riesgo de que los menores reproduzcan de forma imitativa conductas o comportamientos peligrosos representados en los anuncios.

De ello se desprende que, a pesar de que este supuesto no se circunscribe explícitamente a la publicidad dirigida a menores, la aplicación de esta prohibición requiere que el mensaje publicitario pueda alcanzar a este tipo de público, de manera que no procederá la aplicación de este precepto a aquellos mensajes publicitario que, por sus características y circunstancias que rodeen su difusión, no sean aptos para alcanzar a un público menor de edad⁶³.

Ahora bien, un tema concurrente en la actualidad son los juegos online. Se consideran juegos online los sujetos a la concesión de autorizaciones y licencias por parte de la Dirección General de Ordenación del Juego, es decir, póquer, casino, apuestas deportivas, bingo, concursos y sus variedades específicas, estando expresamente excluidos los juegos de lotería sujetos a reserva, que son los

⁶² TATO, Anxo; FERNÁNDEZ, Pablo; HERRERA, Christian, *La reforma de la ley de competencia desleal*, cit., p. 276.

⁶³ VILAJOANA, Sandra, *Las leyes de la publicidad: Límites jurídicos de la actividad publicitaria*, cit., pp. 60-61.

promovidos por la Sociedad Estatal de Loterías y Apuestas del Estado (SELAE) y la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE)⁶⁴.

La Ley 34/1998, de 11 de noviembre, General de Publicidad ya consideraba a los juegos de suerte, envite o azar como una actividad con riesgos derivados para la salud o la seguridad en el patrimonio (art. 8), cuestión que se concretó en la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de Regulación del Juego⁶⁵, al establecer que sólo podrán realizar promoción de tal actividad los operadores habilitados por la autoridad competente (art. 7), prohibiendo el acceso a los menores de edad (art. 6)⁶⁶, debiendo realizar acciones de responsabilidad social que permitan difundir “actitudes de juego moderado, no compulsivo y responsable” (art. 8)⁶⁷.

El reconocimiento de la necesidad de un sistema de autorregulación de la publicidad del sector se concreta en el desarrollo de la Ley 13/2011 que realiza el Real Decreto 1614/2011, de 14 de noviembre⁶⁸, y la posterior firma entre Autocontrol y la DGOJ del Código de Conducta sobre Comunicaciones Comerciales de las Actividades del Juego.

En él se establece una protección de menores, el juego está reservado a los mayores de 18 años, por lo que no se puede realizar publicidad dirigida a ellos y

⁶⁴ MAÑAS-VINIEGRA, Luis, “La autorregulación de las marcas de juegos de azar online a través de su publicidad en televisión”, *Methaodos.revista de ciencias sociales*, volumen 6, nº 1 (2018), pp. 16-37, en: <http://dx.doi.org/10.17502/m.rcs.v6i1.210> [visitado el 26.02.2019].

⁶⁵ La Ley 13/2011, de 27 de mayo, de Regulación del Juego. Boletín Oficial del Estado número 127, de 28/05/2011.

⁶⁶ Art. 6 apartado 2 a) de la Ley 13/2011, de Regulación del Juego: “Desde un punto de vista subjetivo, se prohíbe la participación en los juegos objeto de esta Ley a: a) Los menores de edad y los incapacitados legalmente o por resolución judicial, de acuerdo con lo que establezca la normativa civil.”

⁶⁷ MAÑAS-VINIEGRA, Luis, “La autorregulación”, cit., pp. 16-37.

⁶⁸ Real Decreto 1614/2011, de 14 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, en lo relativo a licencias, autorizaciones y registros del juego. Boletín Oficial del Estado número 275, de 15/11/2011.

sólo podrá emitirse entre las 22:00 y las 6:00 horas la publicidad de póquer, casino y apuestas deportivas online.

Sin embargo, la publicidad relacionada con el bingo y las apuestas mutuas sólo deberán emitirse fuera de las franjas de protección reforzada. La excepción también afecta a las apuestas deportivas, cuya publicidad se puede emitir durante la retransmisión de los propios acontecimientos deportivos⁶⁹.

No obstante, pese a la prohibición de que los menores participen en el juego, la realidad revela que el 62,1% ha practicado algún juego de azar en el último año, entre los cuales, las apuestas deportivas y las quinielas son las más frecuentes.

Por lo tanto, los resultados obtenidos ponen de trascendencia que, a pesar de que el juego es una actividad que está prohibida a los menores, esta no es infrecuente en ellos⁷⁰.

Tipo de juego	Mujeres	Hombres	Total
Loterías (Nacional, ONCE, Primitiva, Bonoloto, etc.)	20.4	21.9	21.2
Quinielas	14.4	40.9	28.3
Póquer online	5.5	16.5	11.3
Juegos de casino online	1.8	8.7	5.4
Bingo online	4.2	3.3	3.7
Tragaperras online	0.8	3.5	2.2
Apuestas deportivas	8.1	45.6	27.8

Tabla I. Porcentaje de adolescentes menores de 18 años que han jugado a los diferentes juegos legales de azar durante el último año⁷¹.

⁶⁹ MAÑAS-VINIEGRA, Luis, “La autorregulación”, cit., pp. 16-37.

⁷⁰ CHÓLIZ, Mariano; LAMAS, Juan, “¡Hagan juego, menores! Frecuencia de juego en menores de edad y su relación con indicadores de adicción al juego”, Revista Española de Drogodependencias, volumen 42, nº 1 (2017), pp. 34-47.

⁷¹ CHÓLIZ, Mariano; LAMAS, Juan, “¡Hagan juego, menores!”, cit., pp. 34-47.

Caso Volkswagen Golf

Analizamos un anuncio que se emitió en la televisión española en el año 2009, donde se publicita el vehículo Volkswagen Golf.

En él, aparecen dos niños simulando cada uno el funcionamiento de un coche. El primero de ellos, simula el sonido pero toma respiración al cambiar de marcha, mientras que el segundo -al tratarse de un vehículo automático- no respira e interpreta el sonido durante un largo tiempo, llegando a ofrecer síntomas de asfixiamiento. Además, al final del anuncio, aparece la imagen del menor congestionado, con los ojos casi fuera de las órbitas⁷².

De manera que la Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC) ha denunciado ante la Secretaría General de Comunicaciones del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio el anuncio de televisión de Volkswagen Golf por entender que puede poner a los menores en situaciones de riesgo⁷³.

Es decir, mantiene que el anuncio incumple normativas comunitarias como la Ley 22/1999, de 7 de junio⁷⁴, que cita en uno de sus artículos que “la publicidad por televisión no contendrá imágenes o mensajes que puedan perjudicar moral o físicamente a los menores”. Para ello deberá evitar mostrar a niños en situaciones

⁷² LASHERAS, Javier (2014). *Spot contrario a la protección de la infancia. Observatorio jurídico de la publicidad*. En: <http://observatoriojuridicodelapublicidad.com/spot-contrario-a-la-proteccion-de-la-infancia/> [visitado el 26.02.2019].

⁷³ Asociación de Usuarios de la Comunicación (2005). *La AUC denuncia la publicidad televisiva de Volkswagen Golf*. En: <http://www.auc.es/Paginas/download.php?type=comunica&year=2005&file=Denuncia%20Volkswagen%20Golf%2009-6-05.pdf> [visitado el 27.02.2019].

⁷⁴ Ley 22/1999, de 7 de junio, de Modificación de la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al Ordenamiento Jurídico Español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva. Boletín Oficial del Estado número 136, de 8 de junio de 1999.

peligrosas, a no ser que haya un motivo justificado, ya que los menores tienden a imitar los comportamientos vistos en televisión⁷⁵.

Además, la AUC recuerda la tendencia de los menores a la imitación de comportamientos realizados por otros niños en televisión que supongan desafíos o alarde de las propias fuerzas, ya que, puede incitar la realización de estos actos a otros niños.

No obstante, el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio ha desestimado la demanda presentada por la AUC en relación al anuncio de Volkswagen Golf, ya que considera que “no presenta al niño en situación peligrosa”. Además, según la respuesta del ministerio, “las situaciones en que aparecen los menores se presentan en un entorno creativo en el que no se aprecian circunstancias para que dicha situación pueda calificarse comúnmente como peligrosa”⁷⁶.

4.3. Publicidad subliminal

Es igualmente ilícita la publicidad subliminal que se enumera en el art. 3 LGP, y a su vez, se establece en el art. 4 LGP su definición, entendiendo por tal la que “mediante técnicas de producción de estímulos de intensidad fronteriza con los umbrales de los sentidos o análogos, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida”. Comparte con la publicidad encubierta el hecho de que frente al destinatario oculta su condición de tal publicidad⁷⁷.

⁷⁵ Marketingdirecto.com (2005). *Volkswagen Golf denunciado por su último anuncio*. En: <http://www.marketingdirecto.com/actualidad/publicidad/volkswagen-golf-denunciado-por-su-ultimo-anuncio/> [visitado el 26.02.2019].

⁷⁶ El mundo.es (2005). *Industria desestima la demanda de la Asociación de Usuarios de la Comunicación por el anuncio del Golf*. En: <http://www.elmundo.es/elmundo/2005/07/04/comunicacion/1120486064.html> [visitado el 27.02.2019].

⁷⁷ BROSETA, Manuel; MARTÍNEZ, Fernando, “Derecho de la competencia: La competencia y la publicidad comercial”, cit., p. 218.

No obstante, debe trazarse una nítida distinción entre la publicidad encubierta y, más en particular, el emplazamiento de productos (*product placement*), con la publicidad subliminal. En el primer tipo, consiste precisamente en la colocación de productos con sus signos visibles distintivos durante el desarrollo de series, películas u otras obras audiovisuales, donde se percibe la imagen del producto a nivel consciente, lo único que sucede es que se desconoce la finalidad publicitaria. Mientras que la publicidad subliminal, el espectador no es consciente de haber percibido el correspondiente estímulo.

Ahora bien, el empleo de técnicas subliminales se remonta al año 1956, el propietario de una agencia de publicidad llamado James Vicary introdujo durante la proyección de una película, y a una velocidad de 1/3000 de segundo, sendos mensajes que recomendaban “Drink Coca-Cola” (Beba Coca-Cola) y “Eat Popcorn” (Come palomitas). Dada la velocidad a la que eran transmitidas estas imágenes, no podían ser conscientemente percibidas por los espectadores; pero quedaban grabadas en el subconsciente⁷⁸.

La técnica utilizada por el publicista estadounidense James Vicary es la “persuasión subliminal”, que se basa en utilizar estímulos visuales y auditivos de intensidad inferior a la requerida por el umbral de la conciencia (“subliminal” significa por debajo del “limen” o umbral), de tal forma que el organismo responde con respuestas discriminativas adecuadas, aunque no acompañadas de la conciencia correspondiente⁷⁹.

Por lo tanto, la no percepción se debe a que la publicidad se dirige directamente al inconsciente, estimulando una serie de necesidades entre los receptores burlando los mecanismos críticos de la conciencia. Y para su consecución se suelen utilizar

⁷⁸ GARCÍA-CRUCES, *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad*, cit., pp. 1945-1980.

⁷⁹ SÁNCHEZ GUZMÁN, José Ramón, *Teoría de la publicidad*. N° Edición: 1. Madrid: Tecnos, 1993, p. 126.

técnicas como la proyección de imágenes a velocidades tan altas que estas superen el umbral de los sentidos⁸⁰.

No obstante, el hecho de que el receptor de este tipo de publicidad no llegue a percibirla supone una importante dificultad en vistas a su enjuiciamiento, en el sentido de que para demostrar su existencia se debe tener una consciencia sobre la misma⁸¹.

Por otro lado, además del art. 4 LGP que establece la prohibición de la publicidad subliminal, también se regula dicha prohibición en la la Ley 22/1999, de 7 de junio, de modificación de la Ley 25/1994, de 12 de julio⁸², donde en su art. 8 apartado 2 establece que “la publicidad y la televenta no deberán utilizar técnicas subliminales, entendiendo por tales las que contienen los elementos que se recogen en la citada Ley General de Publicidad para definir la publicidad subliminal”.

Por lo tanto, la mayor problemática de la publicidad subliminal, reside en que el público receptor no reconoce el mensaje, pero su subconsciente sí, lo que genera una imposibilidad de discernir sobre la necesidad, conveniencia o no de un producto al que fue sugerido a comprar⁸³.

⁸⁰ TATO, Anxo; FERNÁNDEZ, Pablo; HERRERA, Christian, *La reforma de la ley de competencia desleal*, cit., pp. 284-287.

⁸¹ CATALÁ, Manuela; DÍAZ, Óscar, *Publicidad 360º*, cit., p. 19. La dificultad a la hora de apreciar este supuesto de publicidad ilícita queda reflejada en la falta de jurisprudencia al respecto; de este modo, cabe citar el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Barcelona, de 13 de febrero de 2006, que desestimó un presunto caso de publicidad subliminal alegando que la relación mental que se asociaba al carácter subliminal del mensaje era efectivamente percibida por los destinatarios en relación a la publicidad.

⁸² Disposición derogada: Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva. Boletín Oficial del Estado número 166, de 13 de julio de 1994.

⁸³ BATISTA MOLINA, Joan Manuel (2012). *La publicidad engañosa y la protección a los consumidores en la República Argentina. Capítulo III: Publicidad comercial engañosa*. En: <https://dspace.palermo.edu:8443/bitstream/handle/10226/846/Desarrollo2.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [visitado el 27.02.2019].

Caso Ferrari y Marlboro

La compañía tabaquera, Marlboro, patrocinadora de Ferrari desde el año 1993, ha sido una de las empresas más afectadas por la legislación sobre publicidad de la Fórmula 1. La mayor competición automovilística del mundo no tiene una normativa específica sobre el uso de la publicidad que las escuderías tienen, sino que se vale de la legislación de cada país⁸⁴.

Debido a problemas legales para anunciar marcas de tabaco y alcohol en Europa⁸⁵, Marlboro se las ha ideado para seguir estando presente en uno de los coches más representativos de la competición, el Ferrari.

En los años 90 y principios de los 2000, Marlboro optó por incluir un fragmento en blanco en los monoplazas; a partir de mediados de los 2000 se sustituyó por un código de barras, que dejaba intuir el propio logotipo de la marca, pero desde el año 2010, el código de barras fue considerado como mensaje subliminal⁸⁶.

La polémica ha comenzado en Gran Bretaña, con opiniones de diversas figuras de la medicina, como el catedrático del *Royal College of Physicians*, John Britton, señaló en declaraciones hechas a “*The Times*”, que la distribución de los colores empleados por Ferrari, así como su logo, “recuerdan a la parte inferior de un paquete de Marlboro”.

⁸⁴ MIRÓ, Michel (2018). *Publicidad subliminal*. En: <https://otraempresa.com/publicidad-subliminal/> [visitado el 01.03.2019].

⁸⁵ Directiva 2014/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco y los productos relacionados y por la que se deroga la Directiva 2001/37/CE.
En esta Directiva 2014/40/UE se establecen las normas aplicables a la fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco y los productos relacionados: cigarrillos, tabaco de liar, tabaco de pipa, puros, puritos, tabaco de uso oral, cigarrillos electrónicos y productos a base de hierbas para fumar (Comisión Europea de Salud Pública).

⁸⁶ MIRÓ, Michel (2018). *Publicidad subliminal*. En: <https://otraempresa.com/publicidad-subliminal/> [visitado el 01.03.2019].

Los expertos inciden en señalar que la integración de estos códigos de barras podrían suponer una estrategia encubierta de publicidad subliminal con el objetivo de llevar a la mente de la gente un paquete de cigarrillos Marlboro⁸⁷.

Del mismo modo, la Comisión Europea de Salud Pública determinó que el diseño en rojo, negro y blanco permitía ser asociado con la marca, lo cual es contrario a las legislaciones comunitarias sobre el tabaco y podría ocasionar problemas durante el Gran Premio del Reino Unido⁸⁸.

Según las declaraciones de Frank Dobson, ex ministro de sanidad británico, “las marcas de tabaco llevan tiempo estudiando alternativas para publicitarse a pesar de la prohibición existente sobre la promoción del tabaco”⁸⁹. De tal manera que tras las diferentes denuncias de expertos que incidían en señalar que la integración de estos códigos de barras podrían suponer una estrategia de publicidad subliminal, la escudería italiana retiró esos códigos de barras⁹⁰.

4.4. Publicidad que infrinja la normativa concreta de determinados productos, bienes, actividades o servicios

Resultará ilícita asimismo la publicidad que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o

⁸⁷ BERENSTEIN, Marcelo (2010). *Ferrari: Publicidad subliminal y polémica rentabilizada*. En: <https://www.puomarketing.com/9/7199/elimina-supuesta-publicidad-subliminal-codigos-barras.html> [visitado el 01.03.2019].

⁸⁸ Marketingdirecto.com (2010). *Ferrari es acusado de usar publicidad subliminal por un logo de Marlboro*. En: <https://www.marketingdirecto.com/anunciantes-general/anunciantes/ferrari-es-acusado-de-usar-publicidad-subliminal-por-un-logo-de-marlboro> [visitado el 01.03.2019].

⁸⁹ BERENSTEIN, Marcelo (2010). *Ferrari: Publicidad subliminal y polémica rentabilizada*. En: <https://www.puomarketing.com/9/7199/elimina-supuesta-publicidad-subliminal-codigos-barras.html> [visitado el 01.03.2019].

⁹⁰ Puomarketing (2010). *Ferrari elimina la “supuesta publicidad subliminal” del códigos de barras*. En: <https://www.puomarketing.com/9/7199/elimina-supuesta-publicidad-subliminal-codigos-barras.html> [visitado el 01.03.2019].

servicios⁹¹. Mediante este precepto, el legislador reconoce la existencia de una normativa especial, adicional a la de carácter general, que regula la publicidad de determinados productos y servicios⁹².

Es decir, en el art. 1 LGP se establece que “la publicidad se registrará por esta Ley, por la LCD y por las normas especiales que regulen algunas actividades publicitarias”. Por lo tanto, sobre la base de dicha referencia la LGP señala en su art. 5 los bienes o servicios que necesitan una especial protección, de tal manera que podrán ser regulados por normas especiales o bajo el régimen de autorización previa administrativa. Como es el caso de la publicidad de materias o productos sanitarios o la publicidad sobre juegos de suerte, envite o azar (art. 5 apartado 1), estupefacientes, psicotrópicos o medicamentos, bebidas alcohólicas de determinada graduación (art. 5 apartado 4)⁹³.

Es el caso de la publicidad de ciertas bebidas alcohólicas de graduación superior a 20 grados, que queda prohibida en televisión y en aquellos lugares en que esté prohibida su venta o consumo (la propia LGP habilita al Gobierno para extender la prohibición a bebidas con menor graduación alcohólica); o la publicidad de los medicamentos, que necesariamente ha de atenerse a las limitaciones y advertencias que se contienen en el RD 1416/1994, de 25 de junio⁹⁴, por el que se regula la publicidad de los medicamentos de uso humano (han de tenerse igualmente en cuenta las normas que sobre publicidad de los medicamentos se

⁹¹ BROSETA, Manuel; MARTÍNEZ, Fernando, “Derecho de la competencia: La competencia y la publicidad comercial”, cit., p. 218.

⁹² VILAJOANA ALEJANDRE, Sandra (2015). *Límites jurídicos de la publicidad en España: marco normativo, análisis jurisprudencial y gestión profesional*. En: https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/361114/Tesi_Sandra_Vilajoana_TDX.pdf?sequence=1&isAllowed=y [visitado el 03.03.2019].

⁹³ BROSETA, Manuel; MARTÍNEZ, Fernando, “Derecho de la competencia: La competencia y la publicidad comercial”, cit., p. 218.

⁹⁴ Real Decreto 1416/1994, de 25 de junio, por el que se regula la publicidad de los medicamentos de uso humano. Boletín Oficial del Estado número 180, de 29 de julio de 1994.

contienen en la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios⁹⁵).

Autores como García Cruces clasifica en tres grupos la normativa especial en materia de publicidad, distinguiendo así: Las normas especiales en función del producto, un ejemplo serían todas aquellas normas que regulan la publicidad de medicamentos y productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria, alimentos y productos dietéticos, seguros, máquinas recreativas, etc.⁹⁶

Un segundo grupo serían las normas especiales en función del medio, un ejemplo sería la Ley 7/2010, General de Comunicación Audiovisual, que instaura un régimen jurídico específico para la publicidad difundida a través de medios audiovisuales.

Y finalmente el ordenamiento jurídico, también conoce normas especiales en función de los destinatarios de la publicidad; entre otras, las que regulan la publicidad dirigida a los niños y adolescentes.

No obstante, en caso de incumplimiento de las normas especiales que regulan la publicidad de los productos, bienes y servicios, el legislador establece que este tendrá la consideración de infracción administrativa a los efectos previstos en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre⁹⁷, y en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad⁹⁸. En consecuencia, la infracción o el

⁹⁵ Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. Boletín Oficial del Estado número 178, de 27 de julio de 2006.

⁹⁶ VILAJOANA ALEJANDRE, Sandra (2015). *Límites jurídicos de la publicidad en España: marco normativo, análisis jurisprudencial y gestión profesional*. En: https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/361114/Tesi_Sandra_Vilajoana_TDX.pdf?sequence=1&isAllowed=y [visitado el 03.03.2019].

⁹⁷ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Boletín Oficial del Estado número 287, de 30 de noviembre de 2007.

⁹⁸ Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. Boletín Oficial del Estado número 102, de 29 de abril de 1986.

incumplimiento de la normativa especial solo podrá ser sancionada por la Administración en caso de que constituya una infracción en materia de consumo o sanidad⁹⁹.

Por lo tanto, esta calificación como ilícitos civiles de los anuncios publicitarios que infrinjan lo dispuesto en la normativa reguladora de la publicidad de determinados productos o servicios provoca que aquéllos queden expuestos, no solo al régimen sancionador de carácter administrativo, sino también a las acciones civiles en materia de competencia desleal¹⁰⁰.

Caso Bacardí España S.A.

La empresa Bacardí España S.A. instaló determinadas vallas publicitarias localizadas una de ellas a la entrada de un aparcamiento en el Paseo de la Castellana, y otra, en el Paseo de la Habana de Madrid, que contenían la marca de “White Label” en grandes letras. La Asociación de Usuarios de la Comunicación interpuso una demanda contra Bacardí España, S. A. ejercitando una acción de cesación por publicidad ilícita.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por entender que de la Ley 5/2002, de 27 de junio, de la Comunidad de Madrid, sobre drogodependencias y otros trastornos adictivos, no puede inferirse que esté prohibida la publicidad de bebidas alcohólicas en la vía pública, pues la prohibición de publicidad se refiere a los lugares en que exista prohibición de consumo y en la vía pública se introducen determinadas excepciones a esta última.

⁹⁹ VILAJOANA ALEJANDRE, Sandra (2015). *Límites jurídicos de la publicidad en España: marco normativo, análisis jurisprudencial y gestión profesional*. En: https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/361114/Tesi_Sandra_Vilajoana_TDX.pdf?sequence=1&isAllowed=y [visitado el 03.03.2019].

¹⁰⁰ GARCÍA-CRUCES, *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad*, cit., pp. 1945-1980.

No obstante, la Audiencia Provincial revocó esta resolución y estimó la demanda, ya que, la jurisprudencia del TJUE avala la posibilidad de restricción o previsión del consumo y comercialización de bebidas alcohólicas; su limitación no vulnera los principios de libertad económica y de libertad de empresa, pues está destinada a proteger la salud de los ciudadanos¹⁰¹. Contra esta sentencia se interpuso el recurso de casación.

Los arts. 27 a 29 de la Ley de la Comunidad de Madrid de 5/2002, sobre Drogodependencias y otros trastornos adictivos, establecen el régimen jurídico de la publicidad de bebidas alcohólicas. El art. 28.1.h) de la Ley, comprende entre las prohibiciones, la siguiente: «1. Se prohíbe expresamente la publicidad, directa o indirecta, de bebidas alcohólicas y tabaco: [...] h) En todos los lugares donde esté prohibida su venta, suministro y consumo¹⁰².»

Este precepto está en relación con el art. 30.3, párrafo primero, de la Ley de la Comunidad de Madrid 5/2002, según el cual «[n]o se permitirá la venta ni el consumo de bebidas alcohólicas en la vía pública, salvo terrazas, veladores, o en días de feria o fiestas patronales o similares regulados por la correspondiente ordenanza municipal».

Además, esta Sala considera que el TJUE ha puesto de manifiesto reiteradamente a lo largo de este proceso, fundándose en la extraordinaria relevancia que tiene la protección del derecho a la salud desde el punto de vista de los derechos fundamentales de la persona, que una normativa que limita las posibilidades de hacer publicidad de bebidas alcohólicas, como medio de combatir el alcoholismo,

¹⁰¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20.ª), nº 405/2006, rec. 89/2004, de 25 de septiembre de 2006.

¹⁰² Sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo civil (Sección 1.ª), nº 891/2010, rec. 185/2007, de 03 de enero de 2011.

responde a las preocupaciones por la salud pública y no vulnera las libertades económicas, porque se tratan de límites basados en un interés público legítimo¹⁰³.

Por lo tanto, de este modo se desestima el recurso de casación interpuesto por Bacardí España, S. A., contra la sentencia de 25 de septiembre de 2006 dictada por la Audiencia Provincial de Madrid. Y se estima parcialmente la demanda formulada por la entidad AUC.

4.5. Publicidad engañosa, publicidad desleal y publicidad agresiva

Conforme el art. 3 e) LGP, “es ilícita la publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva, que tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la Ley de Competencia Desleal”¹⁰⁴. De este modo, tras las modificaciones operadas por la Ley 29/2009, el actual texto de la LGP tan solo tipifica como ilícitos estos tres supuestos y remite al contenido de la LCD para acceder al alcance de la definición y regulación de los mismos.

Actualmente, el texto de la LCD distingue entre los supuestos de competencia desleal de alcance general y el nuevo grupo de supuestos específicos de prácticas desleales con los consumidores o usuarios. Esto implica que la publicidad engañosa, también la publicidad agresiva, se vea sometida a un doble régimen jurídico en función de su calificación, bien como actos de competencia desleal en general o bien como prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios¹⁰⁵.

¹⁰³ Sentencia del TJUE, de 10 de julio de 1980, Comisión/Francia, 152/78, apartado 17; 25 de julio de 1991, Aragonesa de Publicidad Exterior y Publivia, asuntos acumulados C-1/90 y C-176/90, apartado 15; 8 de marzo de 2001, cuestión prejudicial C-C- 405/1998, apartado 41.

¹⁰⁴ GARCÍA-CRUCES, *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad*, cit., pp. 1945-1980.

¹⁰⁵ VILAJOANA, Sandra (2015). *Límites jurídicos de la publicidad en España: marco normativo, análisis jurisprudencial y gestión profesional*. En: https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/361114/Tesi_Sandra_Vilajoana_TDX.pdf?sequence=1&isAllowed=y [visitado el 20.03.2019].

Publicidad engañosa: En el ámbito del derecho español el legislador no ofrece, ni en la LCD ni en la LGP, definición explícita de la publicidad engañosa; sin embargo, debido a que la publicidad es una práctica comercial, se debe acudir a los arts. 5 y 7 LCD. La LCD define los actos de engaño de modo que, por extensión, se considerará publicidad engañosa aquella que “contenga información falsa o información que, aún siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a sus destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico” (art. 5.1)¹⁰⁶.

Adicionalmente, la LCD menciona, a continuación y en el mismo artículo, que para que la publicidad pueda ser considerada engañosa, el engaño deberá incidir en alguno de los siguientes aspectos:

- a) La existencia o la naturaleza del bien o servicio publicitado.
- b) Las características principales del bien o servicio publicitado, tales como su disponibilidad, sus beneficios, sus riesgos, su ejecución, su composición, etc.
- c) La asistencia posventa al cliente y el tratamiento de las reclamaciones.
- d) El alcance de los compromisos del empresario o profesional, los motivos de la conducta comercial y la naturaleza de la operación comercial o el contrato.
- e) El precio o su modo de fijación, o la existencia de una ventaja específica con respecto al mismo.
- f) La necesidad de un servicio o de una pieza, sustitución o reparación, y la modificación del precio inicialmente informado.
- g) La naturaleza, las características y los derechos del empresario o profesional o su agente, tales como su identidad y su solvencia, sus cualificaciones.
- h) Los derechos del consumidor o los riesgos que éste pueda correr.

¹⁰⁶ VILAJOANA, Sandra (2015). *Límites jurídicos de la publicidad en España: marco normativo, análisis jurisprudencial y gestión profesional*. En: https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/361114/Tesi_Sandra_Vilajoana_TDX.pdf?sequence=1&isAllowed=y [visitado el 20.03.2019].

Del mismo modo, en el art. 2 b) de la Directiva 2006/114/CE se establece que la publicidad engañosa es: “Toda publicidad que, de una manera cualquiera, incluida su presentación, induce a error o puede inducir a error a las personas a las que se dirige o afecta y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico o que, por estas razones, perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor”.

Además, de conformidad con el art. 3 de la Directiva 2006/114/CE, se establece que para determinar si una publicidad es engañosa, se tendrán en cuenta todos sus elementos y principalmente sus indicaciones concernientes a:

- a) Las características de los bienes o servicios, tales como su disponibilidad, su naturaleza, su ejecución, su composición, el procedimiento y la fecha de fabricación o de prestación, su carácter apropiado, sus utilidades, su cantidad, sus especificaciones, su origen geográfico o comercial o los resultados que pueden esperarse de su utilización.
- b) El precio o su modo de fijación y las condiciones de suministro de bienes o de prestación de servicios;
- c) La naturaleza, las características y los derechos del anunciante, tales como su identidad y su patrimonio, sus cualificaciones y sus derechos de propiedad industrial, comercial o intelectual.

Caso Vitaldent

El Ilustre Colegio Oficial de Odontólogos y Estomatólogos de la Primera Región y el Consejo General de Colegios Oficiales de Odontólogos y Estomatólogos de España, formularon demanda contra Laboratorio Lucas Nicolas S.L. (Clínicas Vitaldent). En la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 12 de Madrid, con

fecha 31 de marzo de 2014¹⁰⁷, consideró la publicidad difundida por Vitaldent, exclusivamente referida al lema publicitario “empleamos lo último en tecnología de implantología para que recuperes toda la funcionalidad y estética de tu boca en un solo día”, como acto de competencia desleal consistente en publicidad engañosa. Ya que, conforme el art. 3 e) de la LGP, en relación con el art. 5 de la LCD, la jueza “*a quo*” considera que la valoración conjunta de las periciales practicadas y los testimonios de los testigos-peritos, conducen a la conclusión de que no es posible efectuar la implantología en un solo día.

Asimismo, entiende que no ha quedado acreditado que Vitaldent haya prestado el servicio de realización de un implante en un solo día. De modo que condenó a cesar de forma inmediata cualquier acto de difusión de aquella parte de la campaña publicitaria “Haz las paces con tu dentista”, exclusivamente referida al lema publicitario mencionado anteriormente.

No obstante, Vitaldent apeló la sentencia en lo referente a la declaración de publicidad como engañosa. Mantiene que valoración de la prueba testifical-pericial y pericial conduce a la conclusión de que sí es posible realizar el tratamiento ofertado el mismo día, a pesar de que algún autor considere que no es recomendable.

Sin embargo, la Audiencia Provincial de Madrid, en su sentencia de fecha 28 de noviembre de 2016¹⁰⁸, desestimó el recurso de apelación interpuesto, ya que, de acuerdo con el art. 5 LCD acoge claramente esta modalidad de engaño por omisión al considerar desleal no solo la conducta que contenga información falsa, sino también aquella que contiene información veraz, pero que por su contenido o presentación, induzca o pueda inducir a error a los destinatarios.

¹⁰⁷ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid (Sección 12.ª), nº 62/2014, rec. 215/2012, de 31 de marzo de 2014.

¹⁰⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.ª), nº 417/2016, rec. 461/2014, de 28 de noviembre de 2016.

Es decir, la publicidad es también engañosa si silencian datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios publicitados, cuando dicha omisión induzca a error a sus destinatarios. Se habla usualmente de publicidad engañosa en forma positiva y de publicidad engañosa en forma negativa, para hacer referencia a las situaciones en que el error del destinatario viene inducido por la información suministrada y aquellas otras en que el error proviene de la información que no se suministra.

Por lo tanto, el hecho de que Vitaldent no especificara en su publicidad que la prótesis a implantar iba a ser provisional no puede convertirse en un argumento exoneratorio de su conducta, porque precisamente lo que cabe imputar al anunciante es no haberlo especificado, siendo un aspecto muy relevante para que el consumidor medio pudiera entender y adquirir un correcto conocimiento del tratamiento ofertado. De modo que el mensaje publicitario impugnado es considerado claramente como engañoso.

Publicidad desleal: Resulta difícil determinar el alcance de la remisión que efectúa el art. 3 e) LGP en el caso de la publicidad desleal. En efecto, ni la LGP ni la LCD especifican las concretas categorías publicitarias o prácticas comerciales que podrían englobarse bajo el concepto genérico de publicidad desleal. Pese a todo, no cabe ignorar que, en su redacción original, la LGP acuñó el concepto de publicidad desleal como *oberbegriff* que comprendía cuatro categorías publicitarias diversas y una cláusula general.

Por lo tanto, la remisión que se recoge actualmente en el art. 3 e) LGP ha de entenderse efectuada a los arts. 4 (cláusula general), 6 y 20 (actos de confusión), 9 (actos de denigración) y 10 (actos de comparación), 12 (actos de explotación de la reputación ajena) de la LCD¹⁰⁹.

¹⁰⁹ GARCÍA-CRUCES, *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad*, cit., pp. 1945-1980.

La publicidad tiene que respetar el principio de lealtad, como así se desprende del articulado de la LCD y de la LGP. De manera que la característica común de las diferentes modalidades de publicidad desleal es, que “en todas ellas, el empresario anunciante hace una referencia explícita o implícita al competidor, a los signos distintivos de éste o a sus productos o servicios”.

El nuevo texto de la LCD contempla la tradicional cláusula general en materia de competencia desleal por la que, en el marco de las relaciones entre empresas “se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a la buena fe” (art. 4.1). Es decir, este comportamiento debe ser contrario a la diligencia profesional entendida por el legislador como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario¹¹⁰.

Ahora bien, tras los cambios introducidos por la Ley 29/2009, el legislador añade una segunda cláusula que el autor denomina consumerista, al parámetro de deslealtad recogido en la LCD, aplicable únicamente a las relaciones de las empresas con los consumidores y usuarios.

Caso El Corte Inglés S.A.

Un ejemplo de la publicidad desleal es la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2006¹¹¹, referente a la empresa El Corte Inglés S.A., que demanda a la entidad mercantil Engel S.A., conocida como Perfumerías Cañellas y ubicada en Palma de Mallorca. Se solicita que se declare competencia desleal, conforme los arts. 5 y 9 de LCD, y art. 6 de la LGP, por la difusión de un mensaje que perjudica su crédito en el mercado, ante la apertura de un comercio de El Corte Inglés en

¹¹⁰ VILAJOANA, Sandra (2015). *Límites jurídicos de la publicidad en España: marco normativo, análisis jurisprudencial y gestión profesional*. En: https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/361114/Tesi_Sandra_Vilajoana_TDX.pdf?sequence=1&isAllowed=y [visitado el 20.03.2019].

¹¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo civil (Sección 1.ª), nº 130/2006, rec. 2752/1999, de 22 de febrero de 2006.

dicha ciudad. El anuncio publicitario era el siguiente: *“en fragancias y perfumes el nuevo Corte se queda corto... ante el gran recorte de siempre de Perfumerías Cañellas”*. El mensaje se difundió a través de papeles publicitarios en todos los buzones de las casas, en la prensa diaria y colocaron un cartel en la fachada de la propia perfumería.

El Juzgado de Primera Instancia de Palma de Mallorca enjuició tal comportamiento como un acto de denigración, y declaró que el mensaje no era exacto y buscaba que sus destinatarios relacionaran inconscientemente la frase “el nuevo Corte se queda corto” con el régimen de precios del nuevo establecimiento del Corte Inglés, a fin de provocar una ventaja comercial a su favor, mediante la presentación de una imagen negativa de quien era su competidora.

Por el contrario, la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación de Perfumerías Cañellas, y declaró que el mensaje publicitario carecía de contenido denigratorio, dado que “el crédito de una empresa o establecimiento mercantil no se circunscribe ni limita al hecho de vender más caro”.

No obstante, el fallo del Tribunal de Primera Instancia sería finalmente ratificado por el Tribunal Supremo. Por lo tanto, en este caso práctico se evidencia la publicidad desleal en la modalidad denigratoria, pero también la publicidad comparativa, a pesar de que el juzgado no declaró abiertamente que se trata de éste tipo de publicidad.

Publicidad agresiva: Tras la publicidad engañosa y la publicidad desleal, el legislador incorporó en 2009 un nuevo supuesto de publicidad ilícita: la publicidad agresiva, cuya regulación se encuentra dispersa en el texto de la LCD.

En relación con el concepto de práctica comercial agresiva, su definición se encuentra recogida en el capítulo II de la LCD, dedicado a los actos de

competencia desleal (art.8). En consecuencia, los actos tipificados como prácticas agresivas pueden ser calificados como actos de competencia desleal independientemente de quienes sean sus destinatarios. Que no sucederá lo mismo con el catálogo de prácticas que se consideran *per se* agresivas contemplado en el capítulo III de la LCD, dedicado a tipificar las prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios (arts. 28, 29, 30 y 31)¹¹².

Ahora bien, de la definición que establece el art. 8 LCD a las prácticas agresivas, se desprende que para calificar una acción publicitaria como agresiva, deben concurrir 2 presupuestos: En primer lugar, debe producirse una conducta que pueda ser calificada como acoso, coacción o influencia indebida y, en segundo lugar, la conducta sea apta para mermar la libertad de elección o conducta del destinatario, de manera que afecte a su comportamiento económico.

Por lo tanto, el legislador ha decidido clasificar estas prácticas agresivas en 3 categorías: las prácticas agresivas por coacción (art. 28), las prácticas agresivas por acoso (art. 29) y las prácticas agresivas en relación con los menores (art. 30). Finalmente, la LCD recoge otras prácticas agresivas que no se corresponden con ninguna de las tres categorías anteriormente mencionadas y que no guardan una relación directa con la actividad publicitaria (art. 31)¹¹³.

Caso Ocaso S.A., Compañía de Seguros y Reaseguros

En la sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de junio de 2009, referente a la entidad mercantil Ocaso S.A., Compañía de Seguros y Reaseguros, que demanda

¹¹² VIÑAS MARTÍNEZ, Marisol (2011). *La publicidad en España desde el punto de vista jurídico y económico*. En: https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/10010/ViñasMartinez_Marisol_TFM_2011.pdf?sequence=1 [visitado el 20.03.2019].

¹¹³ VILAJOANA, Sandra (2015). *Limites jurídicos de la publicidad en España: marco normativo, análisis jurisprudencial y gestión profesional*. En: https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/361114/Tesi_Sandra_Vilajoana_TDX.pdf?sequence=1&isAllowed=y [visitado el 20.03.2019].

a la Funeraria Nuestra Señora de los Remedios, S.A., considerando que se declare práctica comercial agresiva. El caso consiste en que los empleados de la funeraria se aproximan a los familiares de las personas recién fallecidas en los hospitales y residencias de ancianos, para ofrecerles los servicios funerarios y de esta forma conseguir la contratación del servicio.

La sala consideró lo siguiente: “En situaciones especialmente penosas, como son las que rodean el fallecimiento de un ser querido, en los que el destinatario de la oferta no está en condiciones de tomar su decisión con el necesario discernimiento, por lo que el oferente tiene una elevada posibilidad de obtener la contratación del servicio, han de ser considerados como actos objetivamente contrarios a la buena fe del art. 4 de la Ley de Competencia Desleal”¹¹⁴.

Por lo tanto, la conducta de la funeraria demandada es una práctica comercial agresiva, porque puede hacer uso del acoso y coacción, considerándose un acto desleal motivado a que realizan propuestas no deseadas en el momento y en el lugar en que se produce el acto, además, en esas circunstancias se pueden influir en la decisión de contratar el servicio¹¹⁵.

5. RÉGIMEN REPRESIVO DE LA PUBLICIDAD ILÍCITA

En cuanto al régimen represivo de la publicidad ilícita, podemos encontrar soluciones por medios judiciales que serían las acciones frente a la publicidad ilícita, o soluciones por medios extrajudiciales consistentes en la autorregulación publicitaria.

Ahora bien, en cuanto a la Ley 29/2009 cabe mencionar que ocasiona la unificación de la regulación de las posibles acciones que pueden interponerse

¹¹⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.^a), nº 168/2009, rec. 339/2008, de 23 de junio de 2009.

¹¹⁵ VIÑAS MARTÍNEZ, Marisol (2011). *La publicidad en España desde el punto de vista jurídico y económico*. En: https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/10010/ViñasMartinez_Marisol_TFM_2011.pdf?sequence=1 [visitado el 20.03.2019].

contra los actos de competencia desleal, incluidos los actos de publicidad ilícita, con la derogación del Título IV de la LGP. No obstante, a pesar de la reforma, el legislador mantiene la vía judicial para sancionar los actos calificados como publicidad ilícita¹¹⁶, aunque sean eliminadas las acciones por publicidad ilícita y tengan que entablarse por competencia desleal¹¹⁷.

Por lo tanto, el art. 6.1 LGP establece que “las acciones frente a la publicidad ilícita serán las establecidas con carácter general para las acciones derivadas de la competencia desleal por el Capítulo IV de la LCD”. Dichas acciones son las siguientes: a) acción declarativa de deslealtad; b) acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura; c) acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal; d) acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas; e) acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente, y f) acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico (art. 32 LCD)¹¹⁸.

Asimismo, en el art. 6.2 LGP se recoge una legitimación activa especial para ejercer las acciones del art. 32.1 núm. 1.^a a 4.^a LCD, frente a la publicidad ilícita por utilizar de forma discriminatoria o vejatoria la imagen de la mujer, y son: a) La Delegación del Gobierno para la Violencia de Género; b) El Instituto de la Mujer o su equivalente en el ámbito autonómico; c) Las asociaciones legalmente constituidas que tengan como objetivo único la defensa de los intereses de la

¹¹⁶ VILAJOANA, Sandra, *Las leyes de la publicidad: Límites jurídicos de la actividad publicitaria*, cit., p. 118

¹¹⁷ TATO, Anxo; FERNÁNDEZ, Pablo; HERRERA, Christian, *La reforma de la ley de competencia desleal*, cit., p. 254.

¹¹⁸ SALDAÑA LÓPEZ, Lucía (2016). *Publicidad ilícita: La publicidad lesiva del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen*. En: <https://uvadoc.uva.es/bitstream/10324/17976/1/TFG-N.407.pdf> [visitado el 25.03.2019].

mujer y no incluyan como asociados a personas jurídicas con ánimo de lucro; d) El Ministerio Fiscal¹¹⁹.

Además del control jurisdiccional, la publicidad cuenta con un poderoso instrumento de carácter autorregulador, que basa sus decisiones, no tanto en la regulación de la Ley, sino en los códigos éticos en materia de publicidad. Se trata de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad (Autocontrol), asociación que, recogiendo una larga tradición en este terreno, se creó en 1995, sin ánimo de lucro, y agrupa a anunciantes, agencias y medios. Sus resoluciones, sin ser verdaderos laudos arbitrales, vinculan a las partes que acuden a dicha asociación y al resto de los asociados¹²⁰.

Además, el sistema de autodisciplina publicitaria permite una resolución extrajudicial de las controversias que se planteen en este ámbito en plazos muy cortos de tiempo.

De hecho, el tiempo medio de resolución de controversias ante el Jurado de Autocontrol es de 14 días, computados desde la fecha en que se presenta la reclamación hasta la fecha en que la Sección del Jurado dicta su resolución.

Esta rapidez en la actuación del sistema, resulta especialmente valiosa en un ámbito como el de la publicidad, donde muchas campañas publicitarias son difundidas durante periodos muy cortos de tiempo¹²¹.

¹²⁰ BROSETA, Manuel; MARTÍNEZ, Fernando, “Derecho de la competencia: La competencia y la publicidad comercial”, cit., p. 219.

¹²¹ GARCÍA-CRUCES, *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad*, cit., pp. 1945-1980.

6. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL Y DE LAS RESOLUCIONES DEL JURADO DE LA PUBLICIDAD

Vista y estudiada las características de la publicidad ilícita, una de las aportaciones de este trabajo de investigación es el análisis tanto jurisprudencial de las sentencias, como el análisis de las resoluciones emanadas del Jurado de la Publicidad de Autocontrol, con un ámbito temporal compreso desde el año 2016 hasta el año 2018. Por lo tanto, para dicho análisis se ha procedido a la división entre los sistemas judiciales y extrajudiciales de resolución de conflictos.

De modo que en el primer supuesto, hemos analizado por cada año 10 sentencias judiciales, concretamente atendiendo al sentido del fallo. Obteniendo así un resultado sobre la evolución de este acto desleal consistente en publicidad ilícita a lo largo de estos últimos 3 años.

No obstante, para probar con certeza la evolución de la publicidad ilícita, se debe asimismo analizar las resoluciones extrajudiciales de controversias. En este caso, se ha procedido al estudio de las resoluciones del Jurado de la Publicidad de Autocontrol, concretamente de 10 resoluciones por cada año, atendiendo asimismo al sentido de la resolución.

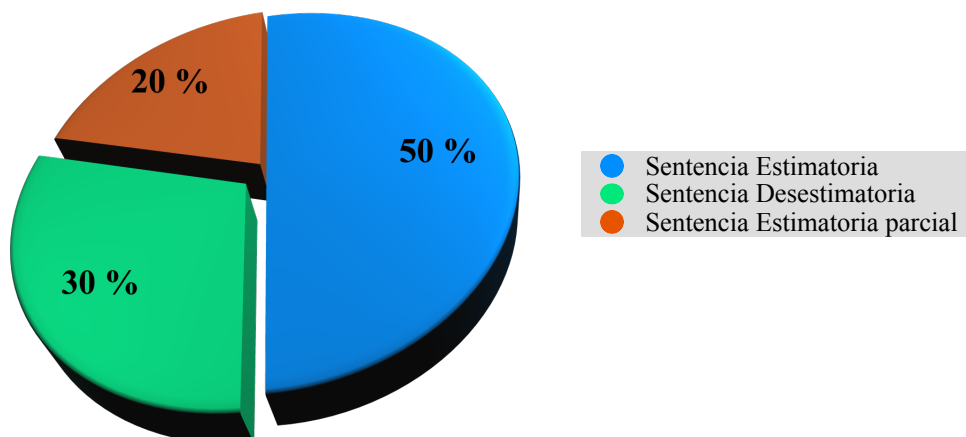
6.1. Análisis jurisprudencial (2016-2018)

A continuación se muestran las gráficas obtenidas¹²² a raíz del análisis de 10 sentencias judiciales en función del año¹²³, atendiendo al sentido del fallo, con el objetivo último de comprobar y demostrar la creciente frecuencia de uso de este acto desleal en los últimos años.

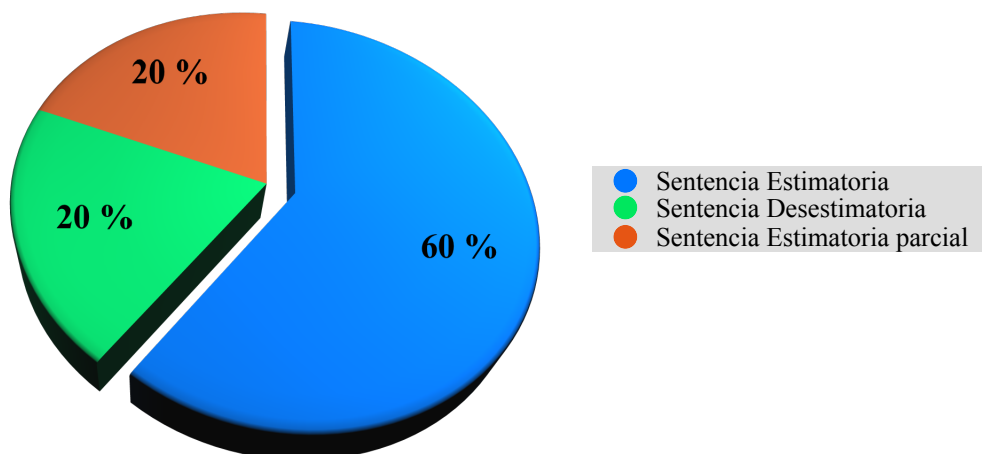
¹²² Fuente: Elaboración propia a partir de la jurisprudencia seleccionada.

¹²³ Disponible en: Anexo. Tabla jurisprudencial/Resoluciones del Jurado de la Publicidad.

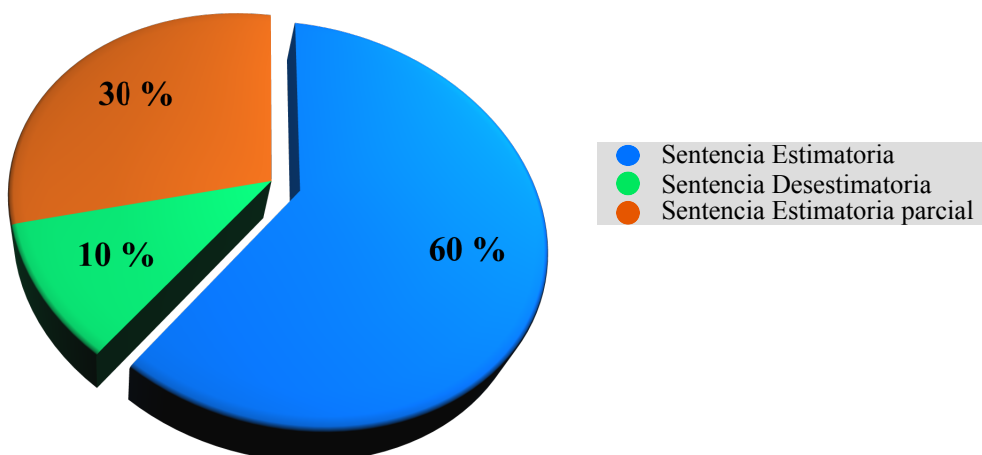
Análisis jurisprudencial (2016)



Análisis jurisprudencial (2017)



Análisis jurisprudencial (2018)



Podemos observar que en el año 2016, las sentencias estimatorias reconociendo la existencia de una publicidad ilícita ocupan la mayor parte del porcentaje.

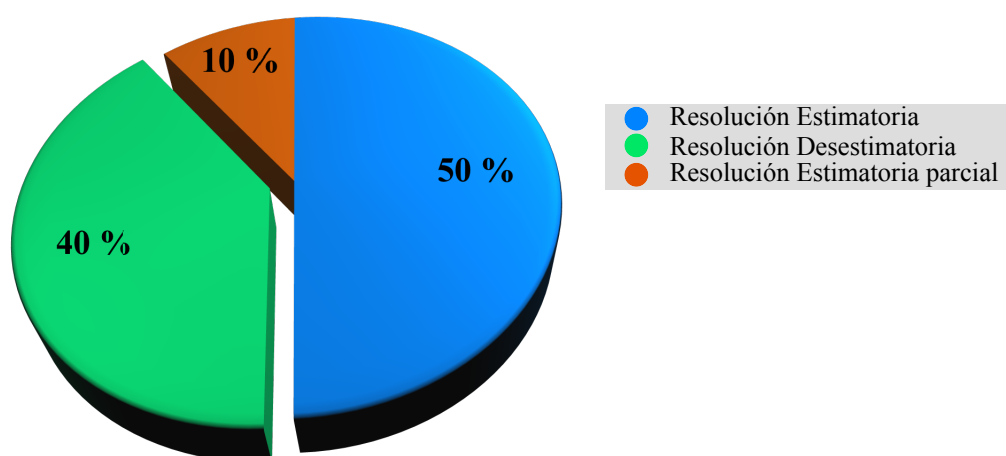
Y a medida que avanzamos, en el año 2017, las sentencias judiciales estimatorias aumentan gradualmente, mientras que las sentencias desestimatorias reducen progresivamente. Asimismo en el año 2018, el porcentaje de sentencias estimatorias parciales ya supera al de las sentencias desestimatorias.

Por lo tanto, observamos a través de las resoluciones judiciales un paulatino crecimiento en el uso de la publicidad ilícita, ya que las sentencias estimatorias y/o estimatorias parciales aumentan sucesivamente, mientras que las desestimatorias disminuyen con los años.

6.2. Análisis de las resoluciones del Jurado de la Publicidad (2016-2018)

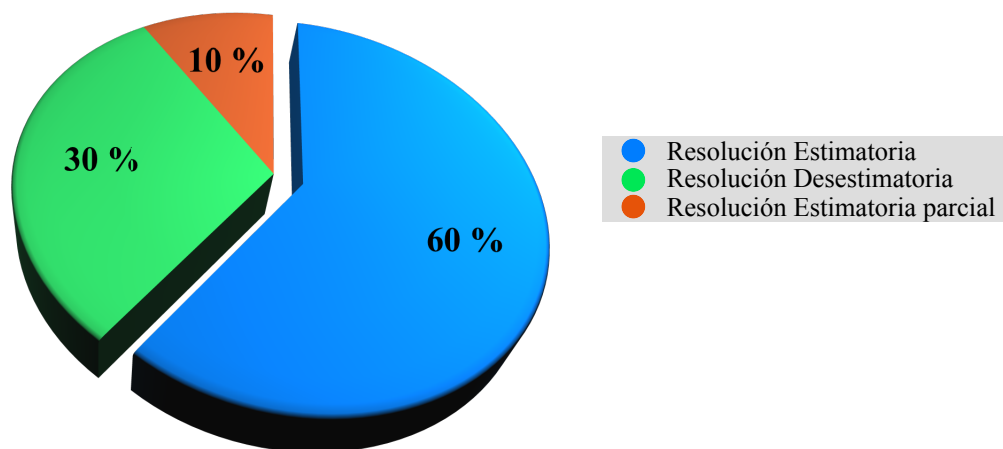
Las gráficas que se muestran a continuación¹²⁴ son obtenidas a través del análisis de 10 resoluciones del Jurado de la Publicidad de Autocontrol en función del año, atendiendo principalmente al sentido de la resolución. De esta manera, conseguimos observar la frecuencia de uso de la publicidad ilícita durante los últimos 3 años a través de las resoluciones extrajudiciales.

Análisis de las resoluciones del Jurado de la Publicidad (2016)

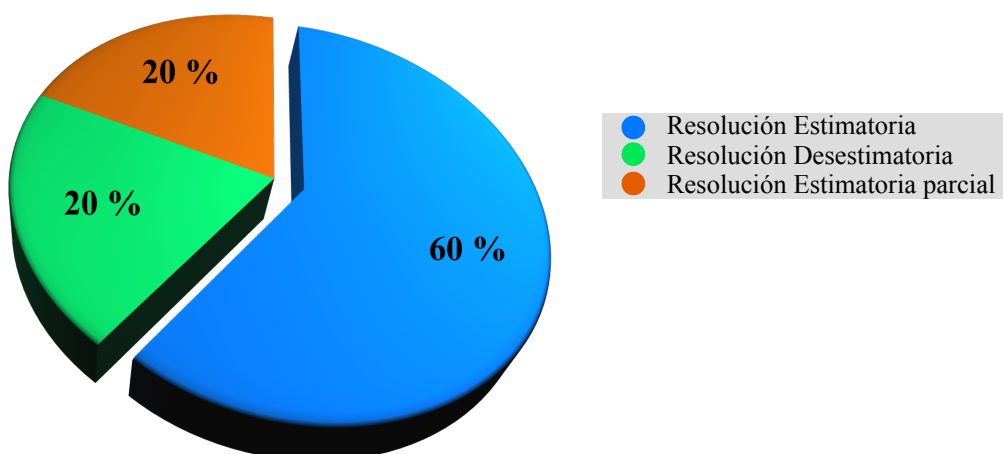


¹²⁴ Fuente: Elaboración propia a partir de la resolución seleccionada del Jurado de la Publicidad.

**Análisis de las resoluciones del
Jurado de la Publicidad (2017)**



**Análisis de las resoluciones del
Jurado de la Publicidad (2018)**



En este caso, podemos observar que en el año 2016, las resoluciones estimatorias a pesar de tener un mayor porcentaje, están muy cerca de las desestimatorias que ocupan un 40%. No obstante, progresivamente tanto en el año 2017 como en el año 2018, las resoluciones desestimatorias disminuyen paulatinamente, aumentando así las estimatorias parciales.

Por lo tanto, percibimos a través de las resoluciones extrajudiciales¹²⁵ un sucesivo crecimiento en el uso de la publicidad ilícita, una práctica cada vez más frecuente.

¹²⁵ Disponible en: Anexo. Tabla jurisprudencial/Resoluciones del Jurado de la Publicidad.

7. CONCLUSIONES

Junto con el progreso de los medios masivos de comunicación, el mundo en el que vivimos se caracteriza por un descomunal desarrollo de la publicidad comercial, ya que, está presente en todos los niveles de la vida humana, condicionando nuestras decisiones y despertando las necesidades en la contratación de bienes y servicios, fomentando asimismo la adquisición de éstos.

De tal modo que el sector de la publicidad ha protagonizado muchas polémicas legales, cada año aparecen publicidades que no se ajustan a la ley, dando lugar a lo que ha consistido este trabajo que es la denominada publicidad ilícita.

Ahora bien, tras detallar la relevancia de la publicidad y del uso creciente de ésta en su modalidad ilícita como objeto de estudio, el diseño de este trabajo de investigación se realizó sobre la base de tres objetivos concretos explicados en la parte introductoria del mismo. Por lo tanto, en este punto, tras llevar a cabo todas las fases previas del trabajo, presentamos las principales conclusiones de éste.

Con el objetivo de reflexionar entorno a la necesidad de perfeccionar o reforzar la legislación sobre la publicidad ilícita debida a su creciente presencia en el mercado, en primer lugar, debemos recordar que del análisis jurisprudencial y de las resoluciones del Jurado de la Publicidad de Autocontrol, con ambos resultados, hemos podido contrastar y comprobar la evolución creciente del uso de la publicidad ilícita en los últimos 3 años, tanto si el mecanismo recurrido para la resolución fuera judicial como extrajudicial.

De manera que estadísticamente por lo que respecta al análisis cuantitativo, observamos un creciente uso de este acto desleal. No obstante, en cuanto al mecanismo de resolución judicial, cabe decir que no existe una agilidad en la actuación del sistema, ya que, resulta especialmente valiosa en un ámbito como el

de la publicidad la rapidez, donde muchas campañas publicitarias son difundidas durante periodos muy cortos de tiempo. Por lo tanto, para evitar la demora en la resolución por parte de los sistemas judiciales, hay una tendencia en acudir al Jurado de la Publicidad de Autocontrol.

Sin embargo, aunque la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (Autocontrol) luche para que existan unas garantías de confianza y credibilidad en la publicidad, son muchos aún los casos polémicos que estallan cada año, ya que, revisa de media unos 20.000 anuncios para acabar con cualquier tipo de irregularidad. De manera que esta vía se estima necesaria pero no suficiente.

Por lo tanto, deberían de haber más organismos para hacer frente al aumento sucesivo de publicidades ilícitas, o de crear nuevas vías de regulación y/o procedimientos para un efectivo control de las mismas.

Asimismo, la recopilación de estudios doctrinales en materia de autorregulación nos lleva a concluir que la doctrina apuesta, mayoritariamente, por los sistemas de corregulación como la vía más efectiva de control de la publicidad ilícita en tanto que estos sistemas híbridos reúnen, por un lado, las ventajas de un sistema de autorregulación -rapidez, flexibilidad y bajo coste- y, por otro lado, los tradicionales beneficios de los sistemas de regulación públicos -garantía de imposición y ejecución de las sanciones¹²⁶.

Además, a raíz de este trabajo de investigación, en mi opinión se deberían de plantear nuevos retos al legislador, en cuanto a la escasa regulación del medio Internet, es decir, de la publicidad difundida a través de Internet. Ya que, es mucha

¹²⁶ VILAJOANA, Sandra (2015). *Límites jurídicos de la publicidad en España: marco normativo, análisis jurisprudencial y gestión profesional*. En: https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/361114/Tesi_Sandra_Vilajoana_TDX.pdf?sequence=1&isAllowed=y [visitado el 20.03.2019].

más restrictiva la legislación especial a la que están sujetos algunos sectores, como por ejemplo el de las bebidas alcohólicas, y algunos medios de difusión, como el contenido publicitario de la televisión, que los límites impuestos para el resto de contenidos de similar alcance social, como la publicidad difundida a través de Internet, que son mucho menos restrictivos.

Por último, cabe concluir que con el análisis jurisprudencial y de las resoluciones del Jurado de la Publicidad, se ha podido tener una aproximación a la situación actual de este acto desleal.

De tal manera que se abren futuras líneas de investigación derivadas de las conclusiones mencionadas anteriormente, y sobretodo de la necesidad de perfeccionar o reforzar la legislación, así como de implementar nuevos organismos o vías de regulación en materia de publicidad ilícita debida a su creciente presencia en el mercado.

“La necesidad de regular los contenidos que se emiten por los medios audiovisuales surge casi paralelamente a la aparición y divulgación de los medios de comunicación”.

—José Aguaded y Ángel Vera (2009)

8. BIBLIOGRAFÍA/WEBGRAFÍA

Asociación de Usuarios de la Comunicación (2005). *La AUC denuncia la publicidad televisiva de Volkswagen Golf*. Disponible en:

<http://www.auc.es/Paginas/download.php?type=comunica&year=2005&file=Denuncia%20Volkswagen%20Golf%209-6-05.pdf> [visitado el 27.02.2019].

Autocontrol. *Resoluciones del Jurado de la Publicidad de Autocontrol*. Disponible en: <https://www.autocontrol.es/resoluciones-del-jurado/> [visitado el 18.04.2019].

Batista Molina, Joan Manuel (2012). *La publicidad engañosa y la protección a los consumidores en la República Argentina*. Capítulo III: Publicidad comercial engañosa. Disponible en:

<https://dspace.palermo.edu:8443/bitstream/handle/10226/846/Desarrollo2.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [visitado el 27.02.2019].

Belén Tonetto, Eliana. (2012). *Publicidad engañosa. Análisis, encuadramiento legal y propuestas para una regulación jurídica eficiente contra este ilícito publicitario*. Disponible en:

http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/2594/Publicidad_Tonetto.pdf?sequence=1 [visitado el 25.01.2019].

Belén Tonetto, Eliana. “Valor empresa y publicidad”, *Revista Pensar en Derecho*, nº 3 (2013), p. 125.

Berenstein, Marcelo (2010). *Ferrari: Publicidad subliminal y polémica rentabilizada*. Disponible en: <https://www.puromarketing.com/9/7199/elimina-supuesta-publicidad-subliminal-codigos-barras.html> [visitado el 01.03.2019].

Broseta Pont, Manuel; Martínez Sanz, Fernando. (2018). *Derecho de la competencia: La competencia desleal y la publicidad comercial. Manual de Derecho Mercantil*, Volumen I, 25ª Edición, Madrid: Ed. Tecnos, pp. 216-219.

Catalá Pérez, Manuela; Díaz Chica, Óscar. (2014). *Publicidad 360º*, Zaragoza: Ed. Universidad San Jorge, p. 19.

Chóliz, Mariano; Lamas, Juan. “‘¡Hagan juego, menores!’ Frecuencia de juego en menores de edad y su relación con indicadores de adicción al juego”, *Revista Española de Drogodependencias*, vol. 42, nº 1 (2017), pp. 34-47.

El mundo.es (2005). *Industria desestima la demanda de la Asociación de Usuarios de la Comunicación por el anuncio del Golf*. Disponible en: <http://www.elmundo.es/elmundo/2005/07/04/comunicacion/1120486064.html> [visitado el 27.02.2019].

España. Audiencia Provincial (Sección 1ª) de Madrid. Sentencia núm. de Recurso 117/1997, de 18 de febrero de 2000.

España. Audiencia Provincial (Sección 10ª) de Madrid. Sentencia núm. 981/2004, de 26 de octubre de 2004.

España. Audiencia Provincial (Sección 11ª) de Madrid. Sentencia núm. 535/2001, de 5 de diciembre de 2001.

España. Audiencia Provincial (Sección 20ª) de Madrid. Sentencia núm. 405/2006, de 25 de septiembre de 2006.

España. Audiencia Provincial (Sección 28ª) de Madrid. Sentencia núm. 168/2009, de 23 de junio de 2009.

España. Audiencia Provincial (Sección 28ª) de Madrid. Sentencia núm. 417/2016, de 28 de noviembre de 2016.

España. Audiencia Provincial (Sección 6ª) de Málaga. Sentencia núm. 894/2016, de 22 de diciembre de 2016.

España. Audiencia Provincial (Sección 7ª) de Valencia. Sentencia núm. 171/1998, de 6 de marzo de 1998.

España. Juzgado de lo Mercantil (Sección 1ª) de Barcelona. Auto núm. de Recuso 697/2005, de 13 de febrero de 2006.

España. Juzgado de lo Mercantil (Sección 12ª) de Madrid. Sentencia núm. 62/2014, de 31 de marzo de 2014.

España. Juzgado de lo Mercantil (Sección 2ª) de Málaga. Sentencia núm. Recurso 29/2013, de 5 de diciembre de 2013.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 891/2010, de 03 de enero de 2011.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 860/2009, de 15 de enero de 2010.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 130/2006, de 22 de febrero de 2006.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 515/2005, de 4 de julio de 2005.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 650/1999, de 17 de julio de 1999.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 963/2000, de 18 de octubre de 2000.

Fundació Jesuïtes Educació. (2017). *Cómo se regula la publicidad. Conoce las leyes y la normativa*. Disponible en: <https://fp.uoc.fje.edu/blog/como-se-regula-la-publicidad-conoce-las-leyes-y-la-normativa/> [visitado el 26.01.2019].

García Vidal, Ángel. “Publicidad ilícita y competencia desleal”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tom. 23 (2007), p. 703 y ss.

García-Cruces, José Antonio. (2014). *Tratado de Derecho de la competencia y de la publicidad*, volumen II, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 1945-1980.

Iberley, portal de información jurídica. (2019). *Aspectos más relevantes de la Ley de Competencia Desleal*. Disponible en: <https://www.iberley.es/temas/aspectos-relevantes-ley-competencia-desleal-43851> [visitado el 27.01.2019].

Iuriscivilis. (2009). *El Derecho Mercantil Publicitario. Especial referencia a la publicidad ilícita y engañosa*. Disponible en: <https://www.iuriscivilis.com/2009/06/el-derecho-mercantil-publicitario.html> [visitado el 26.01.2019]

Lasheras, Javier (2014). *Spot contrario a la protección de la infancia. Observatorio jurídico de la publicidad*. Disponible en: <http://observatoriojuridicodelapublicidad.com/spot-contrario-a-la-proteccion-de-la-infancia/> [visitado el 26.02.2019].

Mañas-Viniegra, Luis. “La autorregulación de las marcas de juegos de azar online a través de su publicidad en televisión”, *Methaodos.revista de ciencias sociales*, volumen 6, nº 1 (2018), pp. 16-37. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.17502/m.rcs.v6i1.210> [visitado el 26.02.2019].

Marketingdirecto.com (2010). *Ferrari es acusado de usar publicidad subliminal por un logo de Marlboro*. Disponible en: <https://www.marketingdirecto.com/anunciantes-general/anunciantes/ferrari-es-acusado-de-usar-publicidad-subliminal-por-un-logo-de-marlboro> [visitado el 01.03.2019].

Marketingdirecto.com (2005). *Volkswagen Golf denunciado por su último anuncio*. Disponible en: <http://www.marketingdirecto.com/actualidad/publicidad/volkswagen-golf-denunciado-por-su-ultimo-anuncio/> [visitado el 26.02.2019].

Martínez-Salcedo, Juan Carlos. “Derecho comunitario europeo sobre la publicidad y su transposición al derecho español”, *Opinión Jurídica*, vol. 15, nº 29 (2015), pp. 104-118.

Miró, Michel (2018). *Publicidad subliminal*. Disponible en: <https://otraempresa.com/publicidad-subliminal/> [visitado el 01.03.2019].

Muñoz Deiros, Eva. (2014). *Tipos de publicidad*. Disponible en: <https://evamunoz.es/tipos-de-publicidad-ilicita/> [visitado el 26.01.2019].

Newman Rodríguez, Silvana, “La protección de los competidores en Europa: Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 22 (2010), p. 3.

Palacios, Cristina. (2017). Condena a Ryanair por publicidad sexista. Disponible en: <https://elderecho.com/condena-a-ryanair-por-publicidad-sexista> [visitado el 25.02.2019].

Puromarketing (2010). *Ferrari elimina la “supuesta publicidad subliminal” del códigos de barras*. Disponible en: <https://www.puromarketing.com/9/7199/elimina-supuesta-publicidad-subliminal-codigos-barras.html> [visitado el 01.03.2019].

Raloga, José. (2009). *El Derecho Mercantil Publicitario. Especial referencia a la publicidad ilícita y engañosa*. Disponible en: <https://www.luriscivilis.com/2009/06/el-derecho-mercantil-publicitario.html> [visitado el 27.01.2019].

Real Academia Española. *Diccionarios RAE*. Disponible en: <http://www.rae.es> [visitado el 26.01.2019].

Saldaña López, Lucía (2016). *Publicidad ilícita: La publicidad lesiva del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen*. Disponible en: <https://uvadoc.uva.es/bitstream/10324/17976/1/TFG-N.407.pdf> [visitado el 25.03.2019].

Sánchez Galán, Javier. (2018). “Publicidad ilícita”, *Economipedia*. Disponible en: <https://economipedia.com/definiciones/publicidad-ilicita.html> [visitado el 26.01.2019].

Sánchez Guzmán, José Ramón (1993). *Teoría de la publicidad*. N° Edición: 1. Madrid: Tecnos, p. 126.

Sarazá Jimena, Rafael. (2010). *La nueva regulación de la publicidad ilícita*. Disponible en: <https://elderecho.com/la-nueva-regulacion-de-la-publicidad-ilicita> [visitado el 27.01.2019].

Tabla jurisprudencial/Resoluciones del Jurado de la Publicidad (Anexo).

Tato Plaza, Anxo; Fernández Carballo-Calero, Pablo; Herrera Petrus, Christian. (2010). *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, Madrid: La Ley, pp. 254, 270-287.

Unión Europea. Tribunal de Justicia de la UE (Sala Segunda). Sentencia asunto C-562/15, de 8 de febrero de 2017.

Vázquez & Apraiz y Asociados. (2018). *La competencia desleal*. Disponible en: <https://www.tuabogadodefensor.com/competencia-desleal/> [visitado el 26.01.2018].

Vilajoana Alejandre, Sandra. (2011). *Las leyes de la publicidad: límites jurídicos de la actividad publicitaria*, Barcelona: Universitat Oberta de Catalunya, pp. 19, 59-61, 118.

Vilajoana Alejandre, Sandra (2015). *Límites jurídicos de la publicidad en España: marco normativo, análisis jurisprudencial y gestión profesional*. Disponible en: https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/361114/Tesi_Sandra_Vilajoana_TDX.pdf?sequence=1&isAllowed=y [visitado el 03.03.2019].

Viñas Martínez, Marisol (2011). *La publicidad en España desde el punto de vista jurídico y económico*. Disponible en:

https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/10010/ViñasMartinez_Marisol_TFM_2011.pdf?sequence=1 [visitado el 20.03.2019].

Whitman Abogados. (2015). *La publicidad comparativa y la competencia desleal: límites entre las mismas*. Disponible en: <http://whitmanabogados.blogspot.com/2015/06/la-publicidad-comparativa-y-la.html> [visitado el 30.01.2019].

Wolters Kluwer. (2018). *Competencia desleal*. Disponible en: <http://guiasjuridicas.es/Content/Documento.aspx> [visitado el 26.01.2019].

9. ANEXO. TABLA JURISPRUDENCIAL/RESOLUCIONES DEL JURADO DE LA PUBLICIDAD**Tabla 1. Análisis jurisprudencial (2016).**

FECHA	ÓRGANO	SEDE	SECCIÓN	NÚM. DE RESOLUCIÓN	TIPO DE RESOLUCIÓN	JUEZ / JUEZA
31/03/2016	Audiencia Provincial	Castellón de la Plana	3	135/2016	Sentencia Estimatoria	Rafael Giménez Ramón
16/05/2016	Tribunal Superior de Justicia (sala de lo contencioso-administrativo)	Andalucía	2	726/2016	Sentencia Desestimatoria	Beatriz Ballesteros Palazon
08/06/2016	Audiencia Provincial	Valencia	9	726/2016	Sentencia Estimatoria parcial	Beatriz Ballesteros Palazon
10/06/2016	Tribunal Superior de Justicia (sala de lo contencioso-administrativo)	País Vasco	2	273/2016	Sentencia Desestimatoria	Ana Isabel Rodrigo; Ángel Ruiz Ruiz; José Antonio Alberdi Larizgoitia
30/06/2016	Audiencia Provincial	Barcelona	15	158/2016	Sentencia Desestimatoria	Juan Francisco Garnica Martín
07/10/2016	Audiencia Provincial	Madrid	28	333/2016	Sentencia Estimatoria parcial	Jose Manuel de Vicente Bobadilla
17/10/2016	Audiencia Provincial	Valencia	9	892/2016	Sentencia Estimatoria	Rosa María Andrés Cuenca
28/11/2016	Audiencia Provincial	Madrid	28	417/2016	Sentencia Estimatoria	Jose Manuel de Vicente Bobadilla
22/12/2016	Audiencia Provincial	Málaga	6	894/2016	Sentencia Estimatoria	Nuria Auxiliadora Orellana Cano
26/12/2016	Audiencia Provincial	Coruña	4	435/2016	Sentencia Estimatoria	Antonio Miguel Fernández-Montells

Tabla 2. Análisis jurisprudencial (2017).

FECHA	ÓRGANO	SEDE	SECCIÓN	NÚM. DE RESOLUCIÓN	TIPO DE RESOLUCIÓN	JUEZ / JUEZA
05/01/2017	Juzgado de lo Mercantil	Barcelona	4	N/P (Núm. de recurso: 366/2016)	Sentencia Estimatoria parcial	Alfonso Merino Rebollo
27/02/2017	Juzgado de lo Mercantil	Barcelona	3	N/P (Núm. de recurso: 117/2016)	Sentencia Estimatoria	Eduardo Pastor Martínez
10/03/2017	Audiencia Provincial	Madrid	28	133/2017	Sentencia Estimatoria	Ángel Galgo Peco; Alberto Arribas Hernández; José Manuel de Vicente Bobadilla
28/04/2017	Audiencia Provincial	Barcelona	15	174/2017	Sentencia Desestimatoria	José María Fernández Seijo
04/05/2017	Audiencia Provincial	Barcelona	15	185/2017	Sentencia Desestimatoria	Juan F. Garnica Martín; Luis Rodríguez Vega; José María Fernández Seijo
25/05/2017	Juzgado de lo Contencioso Administrativo	Valencia	1	N/P (Núm. de recurso: 67/2017)	Sentencia Estimatoria	Mercedes Galotto López
19/07/2017	Juzgado de lo contencioso administrativo	Valencia	2	N/P (Núm. de recurso: 69/2017)	Sentencia Estimatoria	Inmaculada Gil Gómez
11/09/2017	Juzgado de lo Mercantil	Madrid	6	N/P (Núm. de recurso: 212/2015)	Sentencia Estimatoria parcial	Francisco Javier Vaquer Martín
02/10/2017	Audiencia Provincial	Barcelona	15	390/2017	Sentencia Estimatoria	Luis Rodríguez Vega
17/11/2017	Audiencia Provincial	Madrid	28	498/2017	Sentencia Estimatoria	Francisco de Borja Villena Cortés

* (N/P = No Procede)

Tabla 3. Análisis jurisprudencial (2018).

FECHA	ÓRGANO	SEDE	SECCIÓN	NÚM. DE RESOLUCIÓN	TIPO DE RESOLUCIÓN	JUEZ / JUEZA
30/01/2018	Juzgado de lo Mercantil	Barcelona	3	N/P (Núm. de recurso: 530/2017)	Sentencia Estimatoria	Eduardo Pastor Martínez
09/02/2018	Audiencia Provincial	Salamanca	1	38/2018	Sentencia Estimatoria parcial	José Ramón González Clavijo
20/03/2018	Juzgado de lo Mercantil	Valencia	3	N/P (Núm. de recurso: 426/2016)	Sentencia Estimatoria	Ángel Galgo Peco; Alberto Arribas Hernández; José Manuel de Vicente Bobadilla
22/03/2018	Audiencia Provincial	Barcelona	15	186/2018	Sentencia Estimatoria parcial	José María Fernández Seijo
08/05/2018	Juzgado de lo Mercantil	Madrid	6	N/P (Núm. de recurso: 425/2015)	Sentencia Estimatoria parcial	Francisco Javier Vaquer Martín
17/05/2018	Audiencia Provincial	Valladolid	3	221/2018	Sentencia Desestimatoria	Francisco José Pañeda Usunariz
19/06/2018	Tribunal Supremo (sala de lo civil)	Madrid	1	368/2018	Sentencia Estimatoria	Francisco Javier Orduña Moreno
11/07/2018	Tribunal Supremo (sala de lo civil)	Madrid	1	435/2018	Sentencia Estimatoria	Ignacio Sancho Gargallo
16/07/2018	Juzgado de lo Mercantil	Madrid	12	381/2018	Sentencia Estimatoria	Moisés Guillamón Ruiz
16/10/2018	Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sala de lo contencioso administrativo)	Sevilla	1	1086/2018	Sentencia Estimatoria	Julián Manuel Moreno Retamino; Eugenio Frías Martínez; María Luisa Alejandro Durán

* (N/P = No Procede)

Tabla 4. Análisis de las resoluciones del Jurado de la Publicidad (2016).

FECHA	SECCIÓN	ASUNTO DE LA RESOLUCIÓN	SENTIDO DE LA RESOLUCIÓN
28/01/2016	2	Recurso de Alzada de Comercial Gallo, S.A.U. vs Resolución Sección Segunda de 28 de enero de 2016 ("Ricky Rubio y Soba")	Resolución Estimatoria parcial
11/02/2016	3	AUC vs Sal Costa, S.A. ("Sal alta cocina para hornear prensa")	Resolución Estimatoria
11/02/2016	3	Particular (Confianza Online) vs El Corte Inglés, S.A. ("Peluche Darth Vader")	Resolución Desestimatoria
30/03/2016	3	Autocontrol (CNMC) vs Orange Espagne, S.A.U. ("19,95€ al mes, AMENA así de claro Scroll TV")	Resolución Estimatoria
26/05/2016	3	Autocontrol vs Arriaga Asociados Asesoramiento Jurídico y Económico, S.L. ("El Supremo nos da la razón")	Resolución Estimatoria
16/06/2016	4	Particulares vs Mundo Reader, S.L. ("BQ")	Resolución Estimatoria
23/06/2016	6	Particular vs Unidad editorial Información General, S.L.U. ("Orbyt. Internet")	Resolución Estimatoria
30/06/2016	4	Particular vs Media Markt Saturn Admón. España, S.A.U. ("Geforce® GTX. Internet")	Resolución Desestimatoria
26/09/2016	6	Asociación de Usuarios de la Comunicación Audiovisual vs Danone, S.A. ("Actimel Kids")	Resolución Desestimatoria
14/12/2016	2	Particular (CNMC) vs IMC Toys, S.A. ("Don Listillo")	Resolución Desestimatoria

Tabla 5. Análisis de las resoluciones del Jurado de la Publicidad (2017).

FECHA	SECCIÓN	ASUNTO DE LA RESOLUCIÓN	SENTIDO DE LA RESOLUCIÓN
12/01/2017	6	Comisión Seguimiento PAOS vs Schweppes, S.A. ("Sunny Delight Web")	Resolución Estimatoria
18/01/2017	1	Telefónica de España, S.A.U. vs Orange Spagne, S.A.U. ("Fibra a mitad de precio")	Resolución Estimatoria
26/01/2017	2	Consumidores en Red y ASGECO vs Johnson & Johnson, S.A. ("Frenadol Complex. TV")	Resolución Desestimatoria
09/02/2017	4	Particulares (2) vs. Adam Foods Cuétara 1591, S.L.U. ("Choco Flakes. TV")	Resolución Desestimatoria
16/03/2017	3	Particular vs Media Saturn Admón. España S.A.U. ("Reserva ya el nuevo disco de Revólver y llévate un fan pack de regalo que incluye una gorra, una chapa y una púa. Internet")	Resolución Desestimatoria
23/03/2017	1	Reckitt Benckiser España, S.L.U. vs Procter & Gamble España, S.A. ("Fairy Platinum Todo En Uno. TV")	Resolución Estimatoria parcial
30/03/2017	6	Particular vs Publicaciones Heres S.L. ("Flexa Prensa")	Resolución Estimatoria
11/05/2017	3	Particular y Asociación de Usuarios de la Comunicación vs AB Azucarera Iberia, S.L. ("Receta para que la vida te sepa mejor")	Resolución Estimatoria
30/05/2017	5	Particular vs Atrápalo S.L. ("Cancelación gratuita. Internet")	Resolución Estimatoria
27/07/2017	2	Bayer Hispania S.L. vs. Bristol-Myers Squibb, S.A.U. y Pfizer, S.L.U. ("CD-PS 4/17 Actividad Promocional Eliquis®")	Resolución Estimatoria

Tabla 6. Análisis de las resoluciones del Jurado de la Publicidad (2018).

FECHA	SECCIÓN	ASUNTO DE LA RESOLUCIÓN	SENTIDO DE LA RESOLUCIÓN
08/02/2018	6	Asesor Consumer Services S.L. vs Rastreator.com Limited (“El mejor comprador de la historia.TV.Radio.RRSS”)	Resolución Estimatoria parcial
19/04/2018	1	AUC vs Siete Cuarenta Natural, S.L. “Refix. Internet”	Resolución Estimatoria
05/04/2018	2	L’Oréal España, S.A. vs. Procter & Gamble España, S.A. (“Olay Regenerist. TV/Internet”)	Resolución Estimatoria parcial
24/05/2018	1	ASACIR vs Clínica Baviera S.A. (“Cirugía Refractiva. Resultados”)	Resolución Estimatoria
07/06/2018	3	Particular vs Perrigo España, S.A. (“XLS Medical”)	Resolución Desestimatoria
26/07/2018	2	Particular vs. Bakery Donuts Iberia, S.A.U. (“Donuts. Exterior”)	Resolución Desestimatoria
12/09/2018	6	Particular (CNMC) vs. Mondelez España Services, S.L.U. (“Philadelphia. TV”)	Resolución Estimatoria
17/10/2018	2	Nestlé España, S.A. vs Danone, S.A. (“Mi Primer Danone”)	Resolución Estimatoria
15/11/2018	4	AUC vs Maxxium España, S.L. (“Whisky DYC. Prensa”)	Resolución Estimatoria
13/12/2018	2	Asociación de Consumidores en Red vs Procter & Gamble España, S.A. (“www.proximaati.com”)	Resolución Estimatoria